Dogmatische Untersuchungen zur Nichtigkeitslehre im öffentlichen Recht.

Abhandlung

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität

zu Bonn

von

Christian Krudewig

München

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier)

1929

Angenommen
auf Bericht des Professors
Dr. Albert Hensel

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Sonderdruck aus den Annalen des Deutschen Reiches
Jahrgang 1929 Heft 1/3 S. 236 ff.

Inhaltsübersicht.

		Seite
§ 1.	Über den Wert einer Untersuchung, die alle den Einzelfall regelnden Staatsakte umfaßt	236
§ 2.	Die Bestimmung des Begriffs der Nichtigkeit	238
§ 3.	Die Bedeutung des Begriffs der Nichtigkeit	247
§ 4.	Das für die Bestimmung der Nichtigkeit des Staatsakts grundlegende Prinzip	255
§ 5.	Die Bedeutung des Rechtsmittelwesens für die Bestimmung der Nichtigkeit des Staatsakts	264
§ 6.	Die Bedeutung der einzelnen Auffassungen über die Stellung des Staatsorgans für die Nichtigkeitslehre	267
§ 7.	Allgemeine aus der gesamten Rechtsordnung hergeleitete Anforderungen (Postulate) an die Begriffsbestimmung des Staatsakts	268
§ 8.	Nichtigkeit und Vernichtbarkeit als Formen zur Verwirklichung der an den Staatsakt zu stellenden Anforderungen	276
§ 9.	Die im Rechte vorkommenden Rechtsformen, die der Normgemäßheit des Staatsakts genügen	280
§ 10.	Das Verhältnis der an den Staatsakt zu stellenden Anforderungen zueinander	283

§ 1. Über den Wert einer Untersuchung, die alle den Einzelfall regelnden Staatsakte umfaßt.

Die Abhandlungen über die Nichtigkeit von Staatsakten haben ihr Untersuchungsgebiet verschieden umgrenzt. W. Jellinek hat seiner Abhandlung, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, „alle Tätigkeiten des Staates, soweit er nicht Subjekt des Privatrechts, des Völkerrechts und des Normenfestsetzungsrechts ist", zugrundegelegt[1]). Im Gegensatze hierzu beschränkt Kormann seine Ausführungen im 4. Abschnitte seines Systems[2]) auf die rechtsgeschäftlichen Staatsakte, die im übrigen dieselben Staatsakte wie bei W. Jellinek umfassen[3]). Eine weitere Einschränkung nehmen Andersen, Ungültige Verwaltungsakte[4]), Sievers, Verwaltungsakt und Prüfungsrecht unter II und Wurzer, Nicht-Urteil und Nichtiges Urteil vor, indem Andersen und Sievers nur die Verwaltungsakte i. S. O. Mayers, Wurzer dagegen das Urteil nach ZPO. und StrPO. behandelt. Ebenfalls auf den Verwaltungsakt in einem ähnlichen Sinne beschränken sich naturgemäß die Ausführungen der Lehrbücher des Verwaltungsrechts[5]). Wiederum finden wir bei Kelsen im 3. Kap. seines Staatsunrechts[6]) und bei E. v. Hippel, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes[7]) die Nichtigkeit des Staatsakts schlechthin behandelt.

---

[1]) Vgl. 2.
[2]) 203 ff.
[3]) Vgl. 26/27.
[4]) 22 ff, 24 u. 29.
[5]) Vgl. z. B W. Jellinek IV 254, ebenso Neuhäuser, 4 ff.
[6]) 68 ff.
[7]) 1 ff., vgl. auch 82.

Zunächst sind mit den genannten Autoren[8]) diejenigen staatlichen Handlungen, deren Rechtswirkungen sich auf dem Gebiete des Privatrechts[9]) äußern, von der Untersuchung auszuschließen. Zwar wird auch das Privatrecht häufig darauf abstellen, ob eine Handlung des öffentlichen Rechts vorliegt, da das Privatrecht wohl selten besondere Zurechnungsnormen hierfür aufstellt und aus dem Fehlen von ausdrücklichen Privatrechtsnormen die Maßgeblichkeit der öffentlichrechtlichen Normen häufig geschlossen werden kann[10]). Aber in diesen Fällen ist immer noch zu prüfen, ob das Privatrecht die Anwendbarkeit der öffentlichrechtlichen Normen zuläßt. Diese Prüfung würde jedoch die Einheitlichkeit der Abhandlung in Frage stellen[11]); sie kann deshalb hier nicht erfolgen.

Sodann sind aber auch diejenigen Staatsakte, die nicht zu den rechtsgeschäftlichen i. S. Kormanns gehören, hier zu behandeln, da Kormann und die ihm hierin folgenden m. E. nicht nachgewiesen haben, daß einzelne Staatsakte notwendig einen auf den Rechtserfolg gerichteten Willen des Staatsorgans fordern[12]). Dieser Nachweis ist aber erforderlich, weil das Gesetz weder den Begriff des rechtsgeschäftlichen Staatsakts aufstellt, noch ausdrücklich für einzelne Staatsakte den auf den Rechtserfolg gerichteten Willen fordert. Im übrigen ergeben aber auch die folgenden Ausführungen, daß ein tatsächlich bestehender Unterschied zwischen den einzelnen Staatsakten berücksichtigt wird.

Weiterhin erscheint es aber nicht zweckmäßig, den Begriff des Staatsakts schlechthin zugrunde zu legen. Denn dann wären hier außer den Parlamentsakten auch die Rechtssetzungsakte zu behandeln, die jedenfalls meistens[13]) eine Anzahl von Tatbeständen abstrakt regeln. Die allzugroße Verschiedenheit dieser Staatsakte von den dann noch übrig bleibenden, den Einzelfall regelnden Staatsakten würde aber der Einheitlichkeit und Gründlichkeit der Untersuchung hinderlich sein[14]). Außerdem ist die Richtigkeit der Rechtsetzungsakte, die in erheblich weiterem Umfange als für die anderen Staatsakte bejaht wird, wenig umstritten[15]).

---

[8]) Vgl. noch Kormann 27, W. Jellinek I 1, anders wohl Kelsen 47.

[9]) Damit wird die insbesondere von Kelsen (III) 53 ff. (vgl. auch VerwArch. 24, 500 Anm. 10) geleugnete Scheidung des privaten und öffentlichen Rechts bejaht. Wie jedoch diese Scheidung vorzunehmen ist (vgl. E. Kaufmann bei Stengel-Fleischmann Bd. III, 707 ff., auch Triepel, Festschr. f. H. Brunner 1914, Konviktorienbeitrag), ist hier unerheblich und deshalb nicht zu erörtern.

[10]) So erklärt z. B. Hellfritz, Die Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östlichen Provinzen Preußens 1916, 67, daß es keinen Unterschied bilde, ob der betreffende Akt dem priv. oder öff. Recht angehöre. Vgl. auch Fritze und Werner, Prozeßvertretung des Fiskus in Preußen und im Reich. Berlin 1910, 4 ff.

[11]) Vgl. auch Friedrichs IV § 66, 107, wo trotz § 30 S. 55 die Fehlerfolge nur für ö. r. VerwAkte behandelt ist.

[12]) Vgl. Kormann 18, § 8, § 10, 110, 125/26, 129, 134, 133, vgl. auch E. v. Hippel II 25 u. 32, ferner Klein, Die Rechtshandlungen 1912. 10; gegen Kormann vgl. Sievers 306 Anm. 2, Wurzer 116 ff., W. Jellinek IV 25, anders I 26, Bürger 19 ff., Apel JW. 1928, 3218, Andersen 9 ff., Oetker IV 511, Piloty I 97, Tezner II 3 ff.; wie Kormann: Dersch I 168, Hue de Grais-Peters 8, Friedrichs IV 53, Pappenheim 9, Coester 16, Bühler 323. Weyel 42, Hatschek 10/11, Scherbel 52, Layer 141 Abs. 1, Jèze Bd. I 27, Friedrichs V 274, OVG. 13, 412 Abs. 3.

[13]) Vgl. Rosin § 2.

[14]) Ähnlich auch Andersen 23, Neuhäuser 3.

[15]) Vgl. W. Jellinek IV 255, Schelcher 18, Sievers 275, Thoma, Polizeibefehl 468 bei Anm. 24; anders österr. Recht, vgl. Layer 139/40.

Wird also auch hier der Staatsakt nicht schlechthin behandelt, so wird doch der Abkürzung halber im Folgenden immer nur vom Staatsakt gesprochen. Dagegen erscheint es nicht angängig, mit Kormann[16]) hier von Verwaltungsakten zu sprechen. Wortlaut und Sinn des Wortes Verwaltung stehen dem entgegen[17]).

Schließlich ist aber auch die Fruchtbarkeit einer Untersuchung, die mit Ausnahme der Parlamentsakte alle den Einzelfall regelnden Staatsakte umfaßt, zu bejahen[18]). Obwohl nämlich auch die Verwaltung im gegenständlichen Sinne keine begrifflich zu umschreibende Art der Staatstätigkeit ist[19]), wird aber doch allgemein der fehlerhafte Verwaltungsakt schlechthin behandelt. Jedenfalls haben aber auch alle den Einzelfall regelnden staatlichen Handlungen öffentlichrechtlicher Natur, so verschieden sie in ihren Voraussetzungen und Wirkungen sind, so viel gemeinsam, daß häufig insbesondere hinsichtlich ihrer Nichtigkeit die gleichen Fragen entstehen[20]). Nur eine gemeinschaftliche Behandlung der gemeinschaftlichen Fragen ist aber auch im Stande, eine gleichmäßige Berücksichtigung der allen Staatsakten gleichmäßigen Fragen zu sichern[21]). Dieses Verfahren hat zudem noch den Vorteil, daß die Erkenntnisse des einzelnen Fachgebietes den anderen Fachgebieten zugute kommen[22]).

Da die vorliegende Abhandlung nur die Nichtigkeit im allgemeinen behandelt, sind hier nur die grundlegenden Fragen zu beantworten. Inwieweit darüber hinaus eine Behandlung der einzelnen Fehler für alle den Einzelfall regelnden Staatsakte möglich ist, muß der Behandlung des Staatsakts im besonderen vorbehalten bleiben.

Nachdem so das Untersuchungsgebiet umgrenzt ist, ist im folgenden Paragraphen der Begriff der Nichtigkeit zu bestimmen.

§ 2. Die Bestimmung des Begriffs der Nichtigkeit.

So verschieden die Aufgaben der Rechtswissenschaft sind[1]), nach so verschiedenen Gesichtspunkten kann auch die Bestimmung der Nichtigkeit des Staatsakts erfolgen. So kann der Begriff der Nichtigkeit als Gesetzesbegriff im Wege der Gesetzesauslegung zu bestimmen sein, er kann als Begriff de

[16]) 26 ff.

[17]) W. Jellinek IV 3 Abs. 2.

[18]) Für eine ähnlich umfassende Untersuchungsweise Appelt II 157, Piloty II 389, Oetker IV 511 ff., Merkl I 192/3, Coester 12.

[19]) W. Jellinek IV 5.

[20]) Andersen, 21 Abs. 2, ist zuzugeben, daß im Prozeßrecht vielfach besondere Voraussetzungen bestehen. Gegen eine gemeinsame Behandlung auch Wurzer 18 u 23. Dieser (23 u. 118) beruft sich aber auch für die Urteile auf den öffentlichrechtlichen Grundsatz der Anfechtbarkeit, trotzdem er (21/22, ähnlich Alcindor 50/51) von der Besonderheit der Justizgewalt infolge der Trennung der Gewalten und der richterlichen Unabhängigkeit ausgeht. Trotz dieses Ausgangspunktes gelangt ferner Wurzer zu einer weitgehenden Verneinung der richterlichen Subsumptionsgewalt (vgl. 24, vgl. noch Sievers 331/32 Anm. 2; Merkel I Vorwort VII und 192/3, Coester 12; das österr. VerwVerfG. von 1925 braucht für die Entscheidungen und Verfügungen den gemeinschaftlichen Ausdruck Bescheid; dies ist nach Merkl II 113 der Ausdruck für die gleiche Behandlung.

[21]) Insoweit ist die Notwendigkeit einer „staatsrechtlichen Betrachtungsweise" bei Bettsak 403 und der „Lösung vom allgemeinen Verwaltungsrecht" aus, so Fleischmann bei Brie 123, zu bejahen. Gegen letzteren deshalb Wurzer 78 Anm 4 nur teilweise richtig. Nelken 315 II Abs. 2 will die Anfechtbarkeit von Willenserklärungen gesetzgebender Organe lediglich aus dem Gesetzgebungsrecht und aus allgemeinen Rechtsgedanken beurteilt wissen; die Entlehnung der privatrechtlichen Begriffe gesteht er jedoch zu.

[22]) Vgl. auch Kormann 27 Abs. 6.

[1]) Vgl. Baumgarten Bd. 1 § 11 bis § 15, Somlò, § 2, 2 ff.

lege ferenda dem Gesetzgeber vorgeschlagen werden, schließlich kann er auch als Begriff der Rechtswissenschaft, insoweit diese die Darstellung des Rechts zum Gegenstand hat[2]), in Betracht kommen. Dagegen ist der Begriff der Nichtigkeit nicht durch den Begriff des Rechts bedingt. Dies muß hier als Ergebnis der juristischen Grundlehre vorausgesetzt werden[3]).

Der Begriff der Nichtigkeit kann der vorliegenden Untersuchung nicht als ein im Wege der Gesetzesauslegung gefundener zugrunde gelegt werden. Denn dann besteht keine Gewähr dafür, daß dieser Begriff für eine allgemeine Behandlung des Staatsakt brauchbar ist. In diesem Falle müßte nämlich eine allgemeine Behandlung der Nichtigkeit des Staatsakts daran scheitern, daß möglicherweise die einzelnen Gesetze verschiedene Nichtigkeitsbegriffe haben. Der Begriff der Nichtigkeit kann für die vorliegende Untersuchung nur der von der Wissenschaft geschaffenen Systematik entnommen werden, die ja auch für die Gesetzgebung von Bedeutung ist[4]). Allerdings hat auch die Systematik auf die Verwendung eines gleichartigen Ausdrucks mit anderem Inhalt in den einzelnen Gesetzen Rücksicht zu nehmen, damit keine Begriffsverwirrung entsteht.

Wenn das Schrifttum sich mit der Nichtigkeit des Staatsakts beschäftigt, kehren immer zwei Arten von Einteilungen wieder. Die eine Art der Einteilung gliedert die Staatsakte in mangelhafte und gültige, zu den mangelhaften zählt sie auch die nichtigen Staatsakte[5]). Die andere Art der Einteilung sondert von den Staatsakten die Nichtstaatsakte ab und teilt die Staatsakte nach ihren rechtlichen Wirkungen ein[6]). Diese beiden Einteilungen unterscheiden sich dadurch, daß die erste, die dem nichtigen Staatsakt jede Rechtswirkung abspricht, zum Gegenstande nicht nur die Tatbestände hat, denen die Rechtswirkung als Staatsakt zukommt, sondern sich auch auf diejenigen Tatbestände erstreckt, denen diese Rechtswirkung fehlt. Sonst würde nämlich diese Art der Einteilung sich des logischen Fehlers schuldig machen, bei ihrer Einteilung eine Gruppe gebildet zu haben, die außerhalb des einzuteilenden Gegenstandes liegt. Nach dieser Einteilung umfaßt also der Oberbegriff Staatsakt auch diejenigen Tatbestände, die ihrer rechtlichen Wirkung nach keine Staatsakte sind, sondern nur als Staatsakte erscheinen (Scheinakte).

Die zweite Art der Einteilung rechnet die Tatbestände, denen die Rechtswirkung des Staatsakts nicht zukommt, nicht zu dem einzuteilenden Gegenstand. Durch die Gegenüberstellung der Staatsakte und Nichtstaatsakte bringt sie dies zum Ausdruck. Der Begriff des Nichtstaatsakts stellt also lediglich den kontradiktorischen Begriff zu dem Begriff des Einteilungsgegenstandes dar.

Die Stellungnahme zu diesen Einteilungen hat, wie schon gesagt, vom Standpunkte der Systematik zu erfolgen. Hiernach haben die Einteilungen

---

[2]) Vgl. Baumgarten Bd. 1 314 ff.

[3]) Vgl. Somlò § 3, 5 ff. und § 20, 64 ff., insbes. Anm. 2 S. 65.

[4]) Daß der so gewonnene Begriff der Nichtigkeit auch ein Rechtsbegriff ist, wird im folgenden § dargelegt.

[5]) Vgl. Kormann 204, O. Mayer Bd. I 95, Hatschek 94, Friedrichs IV § 65, 104, Fleiner 203, Herrnritt I 281 u. 283, II 30. Die gleiche Einteilung treffen aber auch diejenigen, die den fehlerhaften Staatsakt auf seine Wirkungen untersuchen und ihn nichtig sein lassen; so W. Jellinek I 44 ff., ähnlich IV 254, E. v. Hippel II 3, hiergegen Kelsen II 48/49, vgl. auch Andersen 52 u. 41.

[6]) Vgl. vor allem Hellwig II Bd. I 555 Anm. 7, Wurzer 1 und 17, Schultzenstein PrVerwBl. 35, 474, Sievers 280, 325 Anm. 2, Coester 43, v. Baligand 245, Nußbaum 3, Hein 320, Sauer 466, auch E v. Hippel II 106 vor γ.

einzelne staatliche Tätigkeiten unter dem Begriff Staatsakt zusammenzufassen, um eine gemeinschaftliche Behandlung derselben zu ermöglichen. Dies gilt auch dann, wenn die Gliederung nur für eine besondere Gruppe der Staatsakte, etwa die Urteile, gemacht wird. Denn auch dann handelt es sich um eine Zusammenfassung von konkreten Staatsakten. Eine gemeinschaftliche Behandlung der Staatsakte ist aber nur möglich, wenn dies bei der Einteilung berücksichtigt wird.

Es gibt nun keine so weitgehenden gemeinschaftlichen Rechtswirkungen für alle fehlerhaften Staatsakte wie es solche für alle Nichtstaatsakte auf der einen und alle Staatsakte auf der anderen Seite gibt. Dies ergibt sich schon aus dem Begriff des Nichtstaatsakts, der als kontradiktorischer Begriff zu Staatsakt alle dem Staatsakt zukommenden Rechtswirkungen ausschließt[7]). Nur diese Einteilung (Staatsakt—Nichtstaatsakt) erfüllt also ihren Zweck, wenn man die Nichtigkeit als Verneinung jeder Rechtswirkung des gewollten Staatsakts auffaßt. Der nichtige Staatsakt darf dann nicht zu den mangelhaften Staatsakten gezählt werden. Aber auch bei dieser Einteilung fällt der nichtige Staatsakt nicht mit dem Nichtstaatsakt zusammen. Der Begriff Nichtstaatsakt umfaßt nämlich als kontradiktorischer Begriff zu Staatsakt einmal diejenigen Tatbestände, die sich als Staatsakte ausgeben, ohne es zu sein, sodann aber auch alle Tatbestände, die in keiner Weise als Staatsakte in Erscheinung treten[7]).

Da nun die erste Untergruppe der Nichtstaatsakte, nämlich die Scheinakte, im Gegensatze zur zweiten Untergruppe sehr häufig zum Begriff Staatsakt in Beziehung treten, hat sich hier wie bei den Rechtsgeschäften des BGB. das sprachliche Bedürfnis gezeigt[8]), diese Untergruppe der Nichtstaatsakte besonders zu bezeichnen. Als solche Bezeichnung hat die Einteilung Mangelhaftigkeit—Gültigkeit den Ausdruck nichtige Staatsakte gewählt. Von anderen wird diese Einteilung als unrichtig angefochten, da in dem Begriffe nichtiger Staatsakt die Merkmale des Staatsakts enthalten seien[9]).

Daß jedoch mit der Bezeichnung nichtiger Staatsakt die Merkmale des Staatsakts festgestellt seien, daß also durch diese Bezeichnung das Vorliegen eines Staatsakts festgestellt werde, ist zu verneinen. Insbesondere ist es unrichtig, daß diese Bezeichnung bereits einen logischen Verstoß[10]) bedeute. Denn auch das Wort Nichtstaatsakt enthält den Bestandteil Staatsakt, und doch bedeutet dies auch für Kriegsmann und die Übrigen noch nicht, daß damit die Merkmale des Staatsakts als vorliegend anerkannt werden. Durch

[7]) Vgl. Störring, Logik 1916 83 Anm. 1. „Beschränkt man sich auf die Verwerfung der Umfangsbeziehung, so sagt man B = non A". Vgl. auch von Baligand 180.

[8]) Diesem Bedürfnis wird Hellwig nicht gerecht, wenn er dem Urteil das Nichturteil gegenüberstellt, ohne einen besonderen Begriff für das „Scheinurteil" aufzustellen. Nußbaum 3 nennt es unerträgliche Pedanterie des Ausdrucks, wenn man den tatsächlichen Vorgängen, die den Schein der Prozeßhandlungen erzeugen, die entsprechende Bezeichnung gänzlich versagen wolle. Vgl. auch Friedrichs III Bd. II 1014.

[9]) Von v. Baligand 180, Michel 61, Kroschel 163, Kriegsmann 460, Hellwig II Bd. I 555, vgl. auch Stein-Jonas Vorbem. zu § 578 I, Wach 395/96, Hein 320, Sauer 437.

[10]) So Kriegsmann 460: „Daß das Problem der Urteilsnichtigkeit als Problem des Urteilsbegriffs gestellt oder dieses als jenes betrachtet wird, beruht auf einem logischen quid pro quo, das vielleicht begreiflich, jedenfalls aber unverzeihlich erscheint, ... Es ist selbstverständlich, daß der Akt, der diesen Erfordernissen nicht genügt, jeder Urteilswirkung bar ist. Aber es bedeutet bereits einen logischen Verstoß, wenn man einen solchen Akt unter dem Gesichtspunkt des Urteils betrachtet, um ihn nunmehr als nichtig zu qualifizieren." Vgl. auch 466 u. 472. Wie Kriegsmann auch E. v. Hippel II 106 gegen Kormann.

den Zusatz nichtig kommt aber auch genügend zum Ausdruck, daß ein Staatsakt nicht vorliegt. Denn der Zusatz nichtig enthält ein Werturteil; dieses kann aber bei einem juristischen Begriffe nur als ein solches, das der Rechtsnorm entnommen ist, aufgefaßt werden. Demnach liegt in dem Worte nichtig, wie in dem Worte inexistent, das im französischen Schrifttum gebraucht wird[11]), das rechtliche Werturteil, daß dem Scheinstaatsakte die rechtlichen Wirkungen eines Staatsakts aberkannt werden. Nichtiger Staatsakt bezeichnet also den Tatbestand, der als Staatsakt erscheint, ohne es zu sein[12]). Damit ist aber gerade die Gruppe der Nichtstaatsakte, für die eine Bezeichnung notwendig erscheint, treffend gekennzeichnet, und die Vorwürfe, die gegen die Kennzeichnung dieses Begriffs als nichtiger Staatsakt erhoben werden, können nicht als berechtigt anerkannt werden[13]).

Entgegen der Auffassung W. Jellineks[14]) ist es aber auch als unfruchtbar zu bezeichnen, die nichtigen Staatsakte in nichtige und unwirksame zu zerlegen, je nachdem der Tatbestand von einem Privatmanne oder einer Behörde herrührt[15]). Denn in beiden Fällen liegt ja der gewollte Staatsakt und die dementsprechende Rechtswirkung nicht vor. Beide Tatbestände sind also im wesentlichen rechtlich gleichwertig[16]).

Allerdings sind vielleicht rein sprachlich die Worte ungültig und unwirksam der Bezeichnung nichtig gleichzustellen. So verwendet das Erstere z. B. Nußbaum[17]), das Letztere W. Jellinek[18]). Für die Bezeichnung nichtig ist jedoch zunächst auf den Sprachgebrauch des BGB. hinzuweisen[19]).

---

[11]) Vgl. Jèze Bd. I 79, Alzindor 8, nach Andersen 54, lautet die italienische Bezeichnung inesistenza.

[12]) O. Mayer Bd. I 65 Abs. II drückt dies so aus: „Dann erscheint die Kraft des Staatswillens von vorneherein nicht in ihm; er wirkt nicht." Vgl. diesen auch Bd. I 233 letzter Absatz. Es ist nicht zulässig, es auf das Fehlen der dem Staatsakte zukommenden Rechtswirkungen allein abzustellen. Denn es gibt Staatsakte, die nicht notwendig Rechtswirkungen hervorrufen (vgl. Kormann 14, Piloty II 387, W. Jellinek IV 20, 250 und 235 VII Abs. II). Wenn Andersen 41 es darauf abstellt, ob die in dem Inhalte des Staatsakts enthaltenen Rechtswirkungen fehlen, so sind unter diesen Rechtswirkungen wohl auch wie hier sämtliche notwendig dem Staatsakt zukommenden Rechtswirkungen gemeint; vgl. auch Hein 320/3, der zwischen den Rechtswirkungen die dem sachlichen Inhalte des Urteils entsprechen nnd denen, die auf seinem Dasein beruhen, unterscheidet; ähnlich Coester 34.

[13]) Vgl auch Baumgarten Bd. II 159.

[14]) IV 254.

[15]) Ähnlich Löwe-Rosenberg Nr. 33a vor § 151, u. Kern 141—143; die nicht bekanntgegebenen Staatsakte sind entweder nichtige Staatsakte oder Nichtstaatsakte, je nachdem sie ohne Bekanntgabe als Staatsakte gelten wollen oder nicht (vgl. auch W. Jellinek IV 254).

[16]) Eine etwaige Vermutung für die Rechtmäßigkeit ist mangels gesetzlicher Grundlage höchstens eine tatsächliche (prima facie), die allein wohl auch W. Jellinek III 101 und 100 diesem Akte beimißt (vgl. aber auch W. Jellinek II 208 Anm. 28). Ob und wann jedoch eine solche Vermutung vorliegt, beurteilt sich m. E. nach verfahrensrechtlichen Grundsätzen, ist also keine Wirkung des Aktes, die eine besondere Einteilung lohnt. Letzteres nimmt W. Jellinek wegen der sprachlichen Schwierigkeiten an. Vgl. noch Sievers 341 Anm. 1 und hierzu § 7.

[17]) S. 3; vgl. aber auch W Jellinek IV 254 vor 1, Nußbaum hält zu Unrecht den an sich am besten passenden Begriff Nichtigkeit deshalb für ungeeignet, weil der kontradiktorische Gegensatzbegriff hierzu fehle. Dieser Gegensatzbegriff ist aber der Begriff des Staatsakts, vgl. auch Baumgarten Bd. II 159. Für die Bezeichnung Ungültigkeit ist auch Coester; dieser (37 Anm. 1) gibt aber selbst zu, daß Stammler gegen diese angeblich philosophisch allein richtige Bezeichnung ist.

[18]) I 45, IV 255 Abs. I, ebenso OVG. 782, 253 (entbehrt der Rechtswirksamkeit), sächs. OVG. Jahrbuch 26, 262, ArbGer. Duisburg bei Grauert 31 u. 33, ebendort RAG. 230 a. E., und Hueck-Nipperdey 299 Abs. 5, ferner Anschütz JW. 1927, 428 u. Levin

Im Privatrecht wird nämlich die Nichtigkeit als endgültige Versagung der beabsichtigten Rechtswirkung bestimmt[20]). Es wird also auch hier auf das Vorliegen eines Rechtsgeschäftes und der damit verbundenen Rechtswirkungen abgestellt[21]). Aber durch das Merkmal der Endgültigkeit wird der Begriff der Nichtigkeit im Privatrecht eingeengt.

Man kann die Einengung des Begriffs der Nichtigkeit für das Privatrecht als berechtigt ansehen, weil dort eine solche Zusammenfassung des Fehlens der Rechtswirkungen mit Rücksicht auf die vielfach mögliche nachträgliche Heilung[22]) erforderlich sein kann[23]); für die Staatsakte erscheint es jedoch unzweckmäßig, durch das Merkmal der Endgültigkeit die Frage der nachträglichen Heilbarkeit mit dem Begriff der Nichtigkeit zu verquicken. Denn ebenso wie die Lehre der Begriffsmerkmale des Staatsakts ist die Lehre von der nachträglichen Heilbarkeit des Staatsakts noch so wenig entwickelt, daß man durch deren Verquickung eine Erschwerung der der Wissenschaft hier obliegenden Aufgaben befürchten muß. Jedenfalls hat aber auch die nachträgliche Heilbarkeit des Staatsakts eine erheblich geringere Bedeutung als die des Rechtsgeschäfts im Privatrecht[24]). Schließlich fordert aber auch die sprachliche Bedeutung des Wortes nichtig nicht, daß durch diese Bezeichnung die nachträgliche Heilung ausgeschlossen wird, vielmehr besagt diese Bezeichnung mindestens ebensogut, daß der fragliche Tatbestand als solcher den gewollten Staatsakt nicht hervorgerufen hat.

Der hier vorgeschlagene Gebrauch des Wortes nichtig ist aber weiterhin mit Rücksicht auf den bisherigen Sprachgebrauch der Rechtswissenschaft zweckmäßig, wie im Folgenden darzulegen ist.

JW. 1928, 1116 r. bei Fürst. W Jellinek sieht sich jedoch an ersterer Stelle zu Unrecht durch die Bezeichnung nichtige Ehe im BGB. gezwungen, von der Bezeichnung nichtig Abstand zu nehmen Allerdings liegt dort eine Vernichtbarkeit vor (vgl. unten S. 245A Abs. 2). Diese ungewöhnliche Abweichung des BGB von seinem Sprachgebrauch nötigt jedoch nicht zu diesem Schlusse, weil die Bedeutung der nichtigen Ehe allgemein bekannt ist. Im Gegensatze zum folgenden mag allerdings die Bezeichnung Nichtehe zugestanden werden. Im Ergebnis übereinstimmend Kormann 205 Abs. 3 u. 206 Abs. 2, und Calsen 19, vgl. auch Nelken 315 I Abs. 2.

[19]) So auch Neuhäuser 19.

[20]) Vgl. Enneccerus Bd. I § 189, Crome Bd. I § 80 II, eingehend, unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte Silberschmidt, BayZ f. RPfl Jahrg. 10, 136.

[21]) Zu Unrecht erklärt von Baligand 180 Anm. 1, daß im Privatrecht neben dem Begriff des Rechtsgeschäfts ein engerer Begriff vorhanden sei, der dem Begriff des existenten aber nichtigen Staatsakts entsprechen soll. Dagegen vgl Enneccerus a. a O. Anm. 4 „als Rechtsgeschäft ist das nichtige Geschäft nicht vorhanden".

[22]) Der Begriff Heilung wird in verschiedenem Sinne gebraucht (vgl. W. Jellinek IV 256/7), und zwar 1 = Heilung durch Ablauf der Anfechtungsfrist, 2. = Heilung durch das nachträgliche Hinzukommen bestimmter Tatbestandsmerkmale z. B Genehmigung (nachträgliche Heilung). Davon zu unterscheiden ist der Fall, daß die Rechtswirkungen bestimmungsgemäß in der Schwebe sind. 3. = gleichzeitige Heilung oder Conversion.

[23]) Vgl die Übersicht bei Silberschmidt a a. O 162 u. A. Interessant ist, daß der Angriff E v. Hippels II 14 gegen den Begriff der Nichtigkeit im Privatrecht jedenfalls nicht ganz unberechtigt einsetzt (Hinweis auf die Heilbarkeit auch bei Formmangel, § 313 Abs. II, 518 Abs. II 325 Abs. II BGB.); vgl. auch Silberschmidt, der zu dem Ergebnis kommt (164), daß Hölder wohl recht behalten habe, wenn er erkläre, daß es sich auf dem Gebiete der Ungültigkeit nur um die Gegensätze zwischen gänzlicher und teilweiser sowie zwischen unbedingter und bedingter Gültigkeit handle.

[24]) Einerseits wird die nachträgliche Heilbarkeit verneint, so von Kormann I 207 Abs. 3, Skedl 81/88, Löffler ebendort 31, S. 498, Bad. VGH. BadVerwZ. 1924, 68, Hellwig IV 27, (grundsätzlich), ebenso Wurzer 153, von anderen wiederum bejaht, so von Fleiner 204 Anm. 70, Josef II 23, Tezner II 28 Anm. 2, W. Jellinek IV 256/7. BayVGG. 11, 117 Abs. II, Wittmaack 230 ff. und Tezner I 212.

In neuerer Zeit[25]) wird allerdings im Schrifttum des Zivil- und Strafprozeßrechts das Wort nichtig als Ausdruck dessen bezeichnet, daß das Urteil nicht alle Wirkungen hat, die ihm normaler Weise[26]) zukommen. Nußbaum[27]) spricht von Nichtigkeit, wenn den Urteilen die Dezisivkraft fehlt. Nach Hein[28]) besteht das Wesen der Nichtigkeit einer Entscheidung nicht darin, daß die Entscheidung nunmehr als schlechthin nicht vorhanden betrachtet werden könne; auch die nichtige Entscheidung bestehe. Auch Sauer[29]) kennt eine Nichtigkeit, von ihm auch Unwirksamkeit zum Unterschiede von der Ungültigkeit genannt, die nicht in einer Verneinung der Begriffsmerkmale des Urteils besteht. Gleichfalls liegt nach Wach[30]) ein nichtiges Urteil beim Fehlen der Begriffsmerkmale des Urteils nicht vor. Wenn Wach dies so ausdrückt, daß die Nichtigkeit dann gegeben sei, wenn die wesentlichen Urteilswirkungen fehlen, so liegt eine Verwechslung mit den Begriffsmerkmalen des Urteils nicht fern, ohne daß diese jedoch Wach unterlaufen wäre. Die vorgenannten Auffassungen über die Nichtigkeit des Urteils stellen also darauf ab, ob dem Urteil bestimmte Rechtswirkungen fehlen[31]).

Diese Verwendung des Ausdrucks nichtig ist nun nicht aus dem Grunde unberechtigt, weil noch nicht bewiesen ist, daß es Urteile gibt, denen einzelne Urteilswirkungen fehlen, daß vielmehr in diesen Fällen ein Urteil nicht vorliegt. Denn eine Bezeichnung ist in der Rechtswissenschaft auch für streitige Rechtserscheinungen berechtigt. Es wäre demnach unzulässig, durch den Nachweis der Unrichtigkeit jener Auffassung die Nichtigkeit als Fehlen einzelner Urteilswirkungen für unberechtigt zu erklären.

Gegenüber dem Gebrauch des Wortes nichtig für das der normalen Rechtswirkungen entbehrende Urteil ist jedoch zunächst auf die Unzweckmäßigkeit der Bezeichnung hinzuweisen, die dann für das völlig nichtige Urteil vorgeschlagen wird. Denn auch das Pferd, wie überhaupt alles, was kein Urteil ist, fällt, wie oben ausgeführt, unter den Begriff Nichturteil. Es würde aber ein Zeichen sprachlicher Armut sein, wollte man sich mit einer solchen Bezeichnung begnügen[32]). Bezeichnet man aber das sogenannte Nichturteil als nichtiges Urteil, so wird auch das sogenannte nichtige Urteil zutreffend als teilweise nichtiges Urteil bezeichnet. Dieses Urteil hat nämlich mit dem nichtigen Urteil gemeinsam, daß gewollte Rechtswirkungen des Urteils ausbleiben. Da aber auch einzelne der gewollten Rechtswirkungen eintreten, so wird man hier zur Bezeichnung der Fehlerfolge von einem teilweise nichtigen Urteil sprechen müssen[33]) und im einzelnen Falle die ausbleibende Rechtswirkung näher zu bezeichnen haben. Dieser Sprachgebrauch wird aber auch auf alle Staatsakte auszudehnen sein.

---

[25]) Vgl. aber auch Oetker, BayZ. f. RPflg. 1921, 161 ff.

[26]) Vgl. v. Baligand 145 „Als absolut nichtig kann ein die formalen Begriffsmerkmale des Urteils aufweisender Tatbestand nur dann bezeichnet werden, wenn ihm keine der normalen Urteilswirkungen zukommen kann.

[27]) 8 u. 20.

[28]) 320.

[29]) 466.

[30]) 399.

[31]) Vgl. Kriegsmann 459; vgl. auch die S. 239 Anm. 6 Genannten, die die Bezeichnung der Nichtigkeit beim Fehlen der Staatsaktsmerkmale für unrichtig halten, ferner Richter 409 ff., insbes 415 u. Josef Pr. VerwBl. 46, 147 Anm. I.

[32]) Damit wird der Angriff E. v. Hippels II 106 vor γ gegen Kormann I 20 „unhaltbar".

[33]) Dies gilt auch gegen E. v. Hippel II 104 β u. 105 vor γ, wie hier Loewe-Rosenberg von § 151 Nr. 33a Abs. 5.

Das Widerstreben der Genannten gegen die hier vorgeschlagene Bedeutung des Wortes nichtig auch für ZPO. und StPO. ist dadurch zu erklären, daß ZPO. und StPO. die gemeinrechtliche, überaus ausgedehnte Nichtigkeit des Urteils bewußt beseitigt haben. Weil aber auch die Genannten sich davon überzeugt haben, daß deshalb noch nicht jede Urteilsfälschung ein Urteil sein kann, so meinen sie, dem Begriffe der Nichtigkeit den des Nichturteils entgegenstellen zu müssen[34]). Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß durch die Bezeichnung nichtig nicht der gemeinrechtliche Begriff der Nichtigkeit gemeint ist, daß vielmehr der Umfang des Begriffes Nichtigkeit nur nach geltendem Recht festzustellen ist. Da aber auch nicht anzunehmen ist, daß dies verkannt werden wird, so ist die sprachlich richtige Bezeichnung nichtig auch als genügend anzusehen[35]).

Schließlich — und dies fällt naturgemäß hier vor allem in die Wagschale — entspricht aber auch die hier vertretene sprachlich richtige Verwendung des Wortes nichtig seiner außerhalb des Prozeßrechts jedenfalls weit überwiegenden Verwendung in Schrifttum und Rechtsprechung[36]), wenn auch häufig nur die gewollten Rechtswirkungen des Staatsakts, dagegen nicht das Vorliegen eines solchen verneint wird[37]). Dieser Umstand, sowie der im wesentlichen gleiche Sprachgebrauch des BGB. fordern aber zur Ermöglichung einer gemeinschaftlichen Behandlung aller Staatsakte auf Grund eines allgemeinen Sprachgebrauchs und zwecks der auch sonst förderlichen Vereinheitlichung des Sprachgebrauchs die Annahme des hier gegebenen Vorschlags.

Allerdings wird von Nichtigkeit oder materieller Nichtigkeit[38]) auch dann gesprochen, wenn der einzelne den Staatsakt wegen eines Fehlers mit Erfolg anfechten und so seine Nichtigkeit herbeiführen kann[39]). Dies ist auch der

---

[34]) Besonders deutlich Wurzer 1, 18 ff., 205 ff. u. 196 ff., vgl. auch E. v. Hippel II 7 ff. für den code civil.

[35]) So auch Stein-Jonas Vorbem. vor § 578 I 2, vor § 704 IV 4 u. Anm. 92 sowie V 4; an ersterer Stelle ist der Zusatz absolut für den Gegensatz teilweise nichtig verwandt.

[36]) v. Baligand 173 u. Kriegsmann 459 weisen ihrer Ansicht nach zuerst darauf hin, daß mit dem Nachweise des Fehlens der Rechtskraft oder der Vollstreckbarkeit noch nicht notwendig auch die übrigen Urteilswirkungen fehlen.

[37]) So jedoch: O. Mayer Bd. I 95 Abs. 2, Hellwig-Oertmann § 274 Nr. 3 Abs. 2 u. § 305, G. Jellinek 229 ff., 227 u. 241, Friedrichs IV § 65, 104, Neuhäuser 20, Beyer I 248, Fleiner 205, Schelcher 63, Thoma ArchöR. NF. 4, 458, Hue de Grais-Peters 8, Josef II, 23, VI 83 ff., Bühler 332, Kormann 204/5, Kelsen II 85 ff., Hatschek § 2 II u. § 16 I, Laband Bd. II 196 Anm. 1, Merkl I 194, E. Becker v. § 73 Nr. 3 vgl. Abs. II Satz 1, Kern 142/3, Schlegelberger 278 Nr. 2, Jakobi 1277, Herrnritt I 284 u. II 30 u. die Folgenden bei Grauert: Goldschmidt 352, Gerland 293 Abs. 2, Denecke 225 Abs. 2, Hueck 286 ff. u. RAG. 194, 192, 204; ferner RGZ. 121, 198; HambVerwGer. vom 9. Oktober 1922, HansRZ. 1923, 626 u. vom 21. März 1923 a. a. O. 519; OVG. 27, 413/4; 13, 412 Abs. 2, anders aber 418/9; RGStr. 56, 352; sächs. OVG. Jahrb. 31, 167; 20, 336; Landesarbeitsgericht bei Grauert 86/87, schließlich Anschütz JW. 1927, 428 Abs. 2 a. E. u. Schoen 266.

Mit dem Zusatz absolut: Lehmann 206, wie hier aber bei Grauert 251 II vor 1, 332 ff. u. 253 Abs. 3, Hensel 137, Tezner II 420, Layer 163 IV, auch W. Jellinek I allenthalben z. B. 67 Abs. 2, 78 Abs. 3, RGStr. 40, 273 vorletzte Zeile, Bad. VGG. vom 12 Februar 1924, BadVerwZ. 1924, 68, OVG. 13, 419. Abs. 2.

[38]) In Österreich spricht man auch von relativer und bedingter Nullität, vgl. Herrnritt I 284 Anm. 6; Kelsen II 87 spricht von bedingter Nichtigkeit.

[39]) Vgl. Wurzer 3/4, RhZ. f. Zivilprozeßrecht 1922, 51, Oetker, BayZ. f. RPfl. 1922, 161 ff. und die dort in Anm. 1 angeführten Schriften, Rumpelt 294 ff., OVG. 40, 301; 55, 437 zu ersterer Entsch. unrichtig W. Jellinek V 366/7, wie hier O. Mayer Bd. I 95 Anm. 6 u. E. v. Hippel II 115, Neuhäuser 29 Anm. 29.

Sprachgebrauch der Motive zur ZPO.[40]) und StPO.[41]). Neuerdings wird jedoch auch im Prozeßrecht hier allgemein und zwar mit Recht von Anfechtbarkeit gesprochen[42]). Denn hierdurch kommt zutreffend zum Ausdruck, daß der Fehler nicht ohne weiteres, sondern nur auf Grund[43]) einer Handlung des Betroffenen zur Unwirksamkeit des Staatsakts führt. Verneint man aber hier die Brauchbarkeit des Wortes Nichtigkeit, so ist es auch unberechtigt von unheilbarer Nichtigkeit i. S. der hier angenommenen Nichtigkeit zu sprechen[44]). Denn die unheilbare Nichtigkeit setzt eine mangels Anfechtung heilbare Nichtigkeit voraus. Die Bezeichnung nichtig für materiell nichtig ist aber, wie gezeigt, abzulehnen.

Gemäß der hier dem Worte nichtig beigelegten Bedeutung liegt dann, wenn die Nichtigkeit nicht von selbst eintritt, sondern erst eine Anfechtungshandlung des Betroffenen oder sonst die Aufhebung durch die Behörde erforderlich ist, nicht Nichtigkeit, sondern Anfechtbarkeit bezw. Vernichtbarkeit des Staatsakts vor[45]). Daran ändert auch nichts, daß etwa die Anfechtung oder der Widerruf jederzeit zulässig ist, wie z. B. nach § 586 Abs. 3 im Falle des § 579 Z. 4 ZPO., daß die Partei im Prozesse nicht vertreten war[46]). Allerdings ist Merkl[47]) zuzugeben, daß die sachliche Bedeutung dieser Vernichtbarkeit annähernd die gleiche ist, wie die der völligen Nichtigkeit, wenn die Aufhebung jederzeit zulässig ist[48]).

Teilweise nichtig ist auch der Staatsakt, der ausnahmsweise einer bestimmten Person oder Behörde gegenüber ohne weiteres nichtig ist. Da also der bestimmten Person gegenüber der Staatsakt nicht vorliegt, so scheint es angebracht[49]), hier von relativer Nichtigkeit zu sprechen, dagegen nicht, wie Kormann[50]) vorschlägt von relativer Unwirksamkeit. Die Gleichartigkeit der Rechtswirkung ist nämlich auch in gleicher Weise zu bezeichnen. Dagegen ist es unzweckmäßig, diese Erscheinung Überprüfbarkeit des Staatsakts zu nennen, weil man hiervon ganz allgemein dann spricht, wenn eine Behörde oder der einzelne an den Staatsakt nicht gebunden ist[51]).

---

[40]) Zu § 518 u. § 519.

[41]) Zu § 268 ff.

[42]) Vgl. Stein-Jonas Vorbem. v. § 578 I 3 i. Vbdg. m. 2 Abs. I u. vor § 704 IV 4, Wurzer 1, 205/6, 188/9.

[43]) Ob man der Aufhebung des angefochtenen Aktes durch die Behörde konstitutive Wirkung im materiellen Sinne beimißt oder nicht (für letzteres Coester 30), ist hier nicht erheblich; hierzu vgl noch Andersen 59, Sievers 323 u. 354 Anm. 1 u. 2, Fleiner 206, Merkl I 194 und Alcindor 53/4.

[44]) So Oetker a. a. O., Hellwig-Oertmann § 274 Nr. 3 vor 4, RGStr. 40, 273; RGZ. 121, 198.

[45]) So auch Josef V 147 Anm. 1, Kormann 205, Andersen 58/9, W. Jellinek I 45, Sievers 294, Wurzer 19, Layer 167/8 u Lehmann bei Grauert 333 Abs. 4.

[46]) Vgl. Stein-Jonas vor § 578 I 2 Abs. 1. Für den ungewöhnlichen Sprachgebrauch der ZPO. in diesem Falle gilt dasselbe wie für die nichtige Ehe des BGB.; vgl. S. 242 Anm. 18 und Kormann 205 Abs. 3.

[47]) I 194; er spricht von einem Grenzfall.

[48]) Vgl. Layer 167 für d österr. VerwVerfGes. v. 1925.

[49]) Eine besondere Bezeichnung wird häufig nicht gegeben, so jedoch von W Jellinek IV 257 Nr. 3 Abs. I, wie hier Friedrichs IV § 65, 104, Tezner II 423, O. Mayer Bd. I 95, vgl. auch Sievers 340; das OVG. 78, 253/4 berücksichtigt diese Kategorie nicht, trotzdem sie hier nahe liegt.

[50]) 208.

[51]) Vgl. OVG. 78, 253, W. Jellinek III 85, Merkel I 197/8 u. 194, Dersch I 116 u. 127, Layer 163 IV, Sievers 279, E. v. Hippel III 193/4, Joseph II 23/4, RG. JW. 1928, 279, RAG. bei Grauert 195 Abs. 1.

Zu beachten ist, daß relative Nichtigkeit nur dann vorliegt, wenn der Staatsakt an sich auch gegenüber der Behörde oder dem Einzelnen wirkt, und nur ausnahmsweise[52]), insbesondere wegen eines Fehlers, diese Rechtswirkung ausbleibt. Relative Nichtigkeit liegt also nicht vor, wenn die Strafgerichte grundsätzlich an die Zivilurteile nicht gebunden sind[53]), dagegen liegt sie in dem vom RG.[54]) entschiedenen, folgenden Falle vor. Das RG. hält nämlich dort die einstweilige Zurruhesetzung eines Reichsbeamten für unwirksam und verurteilt zur Zahlung des vollen Gehalts. Es verneint jedoch ausdrücklich, daß damit die Zurruhesetzung aufgehoben oder für unwirksam erklärt werde.

Es besteht nun ein Bedürfnis, den Gegensatz zwischen Nichtigkeit und teilweiser Nichtigkeit auch sprachlich auszudrücken. Insoweit ist die häufig gebrauchte Bezeichnung absolute Nichtigkeit angebracht. Zwecks Verdeutschung dieses Ausdrucks wird hier die Bezeichnung völlige oder vollständige Nichtigkeit vorgeschlagen[55]).

Zum Schluß dieses Paragraphen sei noch auf folgendes hingewiesen. Wenn man den nichtigen Staatsakt häufig als ein rechtliches Nichts bezeichnet[56]), so ist dies insofern irreführend, als der nichtige Staatsakt die Erfordernisse eines anderen Staatsakts erfüllen und so dessen Rechtswirkungen herbeiführen oder doch sonst eine Rechtswirkung hervorrufen kann[57]). Dieser irreführenden Bezeichnung als rechtlichem Nichts ist neuerdings E. v. Hippel zum Opfer gefallen, indem er diese Bezeichnung bei anderen wörtlich aufgefaßt hat[58]), während tatsächlich der Tatbestand dort nur hinsichtlich der gewollten Rechtswirkung als ein rechtliches Nichts aufgefaßt wird[59]). E. v. Hippel hat das Wort nichtig aber auch noch in einem anderen Sinne verwandt, nämlich in dem einer Überprüfbarkeit wegen grober Fehler[60]). Damit verstößt er jedoch gegen die Notwendigkeit eines eindeutigen Sprachgebrauchs.

Zusammenfassend ist zu sagen: Von einem nichtigen Staatsakt sprechen wir dann, wenn nur der Schein eines solchen vorliegt und somit auch die notwendigen Rechtswirkungen des gewollten Staatsakts ausbleiben, während andere Rechtswirkungen gegeben sein können. Treten die genannten Wirkungen ausnahmsweise, insbesondere wegen eines Fehlers nur gegenüber einer bestimmten Person oder Behörde ein, so ist diese Erscheinung als relative Nichtigkeit zu bezeichnen. Als teilweise nichtig ist der Staatsakt zu benennen, der die gewollten Rechtswirkungen nur teilweise hervorruft; so ist auch das Urteil zu bezeichnen, dem die materielle Rechtskraft oder die Vollstreckbarkeit fehlt, während sonstige Urteilswirkungen vorliegen.

---

[52]) Dies berücksichtigt Sievers 356/7 nicht; wie hier Layer 167 Abs. 3, RGZ. 121, 232 u. RG JW. 1928, 1042 Nr. 7.

[53]) Vgl. Stein 109.

[54]) JW. 1926, 2279.

[55]) Vgl. auch Fleiner 206, Neuhäuser 20, RGZ. 121, 198.

[56]) So z. B. Kormann I 205 Abs. 1, ähnlich Hellwig-Oertmann § 274 Nr. 3 Abs. 2, OVG. 22, 86, RAG 203 Abs. 2.

[57]) Vgl. W. Jellinek IV 257, O. Mayer I 233, Andersen 41, insbes. auch Pappenheim u. Fleiner 208.

[58]) Vgl. I 17, 96a Abs. 1, 104 β, 81 Abs. 1.

[59]) Vgl. die von E. v. Hippel II 13 Abs. 2 zugrundegelegte Begriffsumschreibung der „logischen Nichtigkeit", nach der die „gewollten rechtlichen Wirkungen" verneint werden; im übrigen vgl. von den bei E. v. Hippel II 13 angeführten Schriften z. B. Kormann 206 ff Nr. 3 insbes. 207 Abs. 2 Satz 1, Enneccerus Bd. I § 189 Anm. 4, vgl auch die S. 244 Anm. 37 Angegebenen und Sievers 325 u. Anm. 1 u. 2.

[60]) Vgl. II 104 β, III 193 Abs. 2.

§ 3. Die Bedeutung des Begriffs der Nichtigkeit.

Aus der Bestimmung des nichtigen Staatsakts als eines Scheinstaatsakts ergibt sich, daß durch die Bestimmung des Staatsaktsbegriffs auch der des nichtigen Staatsakts bestimmt ist. Aber auch umgekehrt ist durch die Bestimmung des nichtigen Staatsakts der Staatsakt selbst bestimmt.

Der Begriff Staatsakt ist nun nicht lediglich ein solcher der Rechtswissenschaft. Vielmehr kennt jedes Rechtsgebiet, dem der einzelne Staatsakt angehört, den Begriff dieses einzelnen Staatsakts als einen Rechtsbegriff[1]), wenn auch im allgemeinen das Gesetz den Umfang dieser Begriffe nicht ausdrücklich umschreibt[2]), sondern nur einzelne Tatbestände als Begriffsmerkmale ausschließt (negative Begriffsmerkmale). So kennt die ZPO. die Begriffe Urteil, Beschluß, Verfügung, das Verwaltungsrecht den Begriff der Polizeiverfügung und das Verwaltungsstreitverfahren gleichfalls die Begriffe Urteil, Beschluß, Verfügung.

Hat eine Behörde das Vorliegen eines solchen einzelnen Staatsakts als Vorfrage zu prüfen so kann sie ebenso wie der einzelne zu einem entgegengesetzten Ergebnis wie die den Staatsakt erlassende Behörde gelangen, indem sie die Nichtigkeit dieses Staatsakts annimmt. Dies folgt aus dem Begriffe der Nichtigkeit, demzufolge der gewollte Staatsakt nicht vorliegt[3]). Der Kompetenzkonfliktsgerichtshof verneint allerdings in diesen Fällen die Zulässigkeit des Rechtsweges[4]). Die Prüfung des einzelnen erfolgt jedoch auf eigene Gefahr[5]).

Aber auch außerhalb des Rechtsgebietes, dem der einzelne Staatsakt angehört, kommt der Begriff des einzelnen Staatsakts häufig vor. So gebraucht z. B. das StGB. bei den strafbaren Handlungen eines Beamten jeden einzelnen Staatsaktsbegriff, indem es die Bestechung für eine in das Amt einschlagende Handlung voraussetzt[6]), und dies der richtigen Ansicht nach[7]) so zu verstehen ist, daß eine Amtshandlung vorliegen muß. Es darf also nach dieser Bestimmung ein nichtiger Staatsakt nicht vorliegen, wenn sie anwendbar sein soll. Dies ist auch die Bedeutung der Nichtigkeit des Staatsakts für § 113 StGB. (Widerstand gegen die Staatsgewalt).

Strafbar ist nämlich nur der Widerstand gegen die „rechtmäßige Ausübung" des Amtes. Wie also auch diese Rechtmäßigkeit aufzufassen ist, so

---

[1]) So auch Sievers 280.

[2]) Vgl. die Begriffsumschreibungen für das Urteil nach der StPO bei Kriegsmann 462, Kroschel 159, Friedländer 331, für das Urteil nach der ZPO. bei Wach 397, für StPO. u. ZPO. bei Sauer 313 ff., Wurzer 182, 204 u 263, für alle Staatsakte bei Kormann 228/9, W Jellinek I 155 ff., E. v Hippel 20/1. Negative Begriffsmerkmale enthält neuestens z. B. in weitgehendem Umfange die AO., vgl. Hensel 137 Anm. 5.

[3]) Vgl. W. Jellinek I 45 II, II 208 Abs. 4, E. Becker zu § 410 Nr. 6, Kormann 204/5, Fleiner 205, Sievers 358, Layer 168 Abs. 2, Sauer 502, Wassertrüdinger JW. 1928, 438, 1c, OVG. 13, 418/9, RFH. 8, 139/40, ArbGer. Duisburg bei Grauert 31 Abs. 2 sächs. OVG. Jahrb 26, 262/3; im übrigen vgl. die S. 244 Anm. 37 Angeführten. E. v. Hipoel II 793 berücksichtigt dies nicht, vgl. W. Jellinek V 368.

[4]) a. A. W. Jellinek IV 56, vgl. auch die dort in Anm. 55 u. 56 Angegebenen, besonders auch Layer 172 Abs. 2.

[5]) Vgl. die S. 244 Anm. 37 Angegebenen, insbes. Fleiner 203, Sievers 280, vgl. auch Merkl I 187/8.

[6]) Dies gilt auch für § 332 u 333 StGB., vgl. Birkmeyer, Vgl.Darst BesT. Bd. 9, 350; RGStr. 16, 42; 55, 50.

[7]) Birkmeyer a. a. O. 311, RGStr. 7, 175; 41, 1.

muß doch jedenfalls eine Amtsausübung d. h. „ein staatlicher Wille“[8]) vorliegen. Zu dieser Erkenntnis konnte E. v. Hippel[9]) nicht gelangen, weil er die Nichtigkeit als einen in jeder Beziehung rechtlich unerheblichen Tatbestand auffaßt[10]):

Wenn also auch bei Nichtigkeit des Staatsakts der Betroffene zum Widerstand gegenüber diesem Staatsakt gemäß § 113 StGB. befugt ist, so folgt aber noch nicht aus dem Begriff der Nichtigkeit, daß auch ein Widerstand i. S. des § 113 StGB. gegenüber der Vollstreckung des nichtigen Staatsakts zulässig ist, wie Wurzer[11]) annimmt. In dieser Hinsicht sind nämlich folgende zwei Gesichtspunkte noch zu berücksichtigen, und zwar: 1. daß die Vollstreckungstätigkeit meistens mit dem Erlaß des nichtigen Staatsakts nicht zusammenfällt, vielmehr einen besonderen Staatsakt darstellt[12]), 2. daß auch dann, wenn der Vollstreckungsakt selbst nichtig ist, die Rechtsprechung des RG.[13]) über den Ausschluß des Widerstandsrechts wegen eines bindenden Befehls an das Vollstreckungsorgan zu berücksichtigen ist. Im ersten Falle gehen Schrifttum und Rechtsprechung neuerdings, und zwar im Hinblick auf die folgenden Ausführungen (§ 10) m. E. mit Recht, immer mehr dazu über, Nichtigkeit nur beim Fehlen eines formgültigen Vollstreckungstitels mit Vollstreckungsklausel anzunehmen[14]). Im zweiten Falle kommt in Betracht, daß ein bindender Befehl an das Vollstreckungsorgan häufig vorliegen wird (vgl. § 766 Abs. 2 ZPO.). Jedenfalls ist aber auch nach § 13 der pr. VO.betr. das Zwangsverwaltungsverfahren vom 15. November 1899 und § 307 AO. der Vollstreckungsbeamte zur Zwangsvollstreckung durch schriftlichen Auftrag der Vollstreckungsbehörde ermächtigt. Eine nähere Erörterung dieser Frage ist hier nicht am Platze, zumal die Frage nur durch Auslegung des § 113 StGB. („Rechtmäßigkeit“ der Amtsausübung) beantwortet werden kann. Hier genügt die Darlegung der Bedeutung der Nichtigkeit für diese Frage[15]).

Aber auch sonst gebraucht das Gesetz häufig die anderen Rechtsgebieten angehörenden Staatsaktsbegriffe. Eine Zusammenstellung der im BGB. vorkommenden Staatsaktsbegriffe gibt Elzbacher[16]) unter dem Oberbegriff des amtlichen Verhaltens.

Es ist nun an sich möglich, daß der Begriff des einzelnen Staatsakts trotz der gleichen Bezeichnung im Gesetze kein einheitlicher ist, vielmehr unter der gleichen Bezeichnung verschiedene Begriffe vorkommen. Mit dieser Begründung wird im § 839 Abs. 2 BGB. das Wort Urteil nicht im Sinne der ZPO.

---

[8]) So Frank § 113 I, Olshausens Kom. 1927 zu § 113 Nr. 5, Stein-Jonas vor § 704 IV 4 Satz 2, Kormann 206 Anm. 10, vgl. auch Hellwig-Oertmann 262 u. a.

[9]) Vgl. II 96 α u. 81 Abs. 1; richtig dagegen W. Jellinek, Veröff. d. Staatsrechtslehrer 1925, 53.

[10]) Vgl. oben S. 246 Abs. 3.

[11]) 187, nicht völlig klar Andersen 40/1. Soll dort wirklich unter die Ungültigkeit auch die Nichtigkeit fallen (vgl. 52 u. 58), u. soll die Vollstreckbarkeit nur tatsächliche oder auch rechtliche Folge der Nichtigkeit sein. Nach Sievers 280 „grundsätzlich“ wie Wurzer; richtig sächs. OVG. Jahrb. 26, 262 (Vollstreckung unzulässig).

[12]) Vgl. Hellwig-Oertmann § 274, 3b; dies berücksichtigt Wessel 30 nicht, indem er für das nichtige Urteil die Konkretisierung des Rechts verneint; vgl. denselben auch 31.

[13]) RGStr. 2, 416; LeipzErl. Buch zu § 113, 11b, danach auch das RG. in ständiger Rsp.

[14]) Vgl. Hellwig-Oertmann 262, 5a, Stein-Jonas vor § 704 IV 4 u. Anm. 92, zu § 724 I 1 Satz 3 u. zu § 750 I Abs. 2.

[15]) Im übrigen vgl. die in Anm. 12 Angegebenen u. E. v. Hippel II 102 ff.

[16]) Handlungsfähigkeit I 1903, 248.

ausgelegt[17]). Läßt man aber auch die Möglichkeit, daß nicht immer ein einheitlicher Begriff vorliegt, nicht außer Acht, so muß man doch feststellen, daß die einzelnen Staatsaktsbegriffe im allgemeinen bei gleicher Bezeichnung auch als solche mit gleichem Inhalt aufzufassen sind; insbesondere ist dies für die einzelnen Rechtsgebiete, in denen der einzelne Staatsakt geregelt ist, im allgemeinen anzunehmen. Insoweit kann man von der Gesetzestechnik erwarten, daß sie für die gleichen Begriffe auch gleiche Ausdrücke verwendet. Diese Annahme wird auch ganz allgemein gemacht, da sonst die Bestimmung der einzelnen Gründe, die den einzelnen Staatsakt nichtig machen, mit allgemeiner Maßgeblichkeit nicht möglich wäre[18]). Die grundsätzlich entgegengesetzte Auffassung würde in unerträglicher Weise gegen das Postulat der Rechtssicherheit verstoßen[19]).

Vor allem setzt man die Einheitlichkeit des einzelnen Staatsaktsbegriffs voraus, wenn man rein logisch gegen nichtige Staatsakte ein Rechtsmittel nicht zuläßt. Mit der überwiegenden Meinung[20]) ist jedoch in diesen Fällen neben der Aufsichtsbeschwerde das in Betracht kommende Rechtsmittel innerhalb der Anfechtungsfrist deshalb zuzulassen, weil meistens der Betroffene ein Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit hat und die Rechtsmittel auch gerade den Betroffenen gegen fehlerhafte Staatsakte schützen sollen. Dagegen erscheint es nicht zweckmäßig, die Zulässigkeit des Rechtsmittels von dem Vorliegen des genannten Interesses abhängig zu machen, wie Kormann[21]) meint und E. Becker[22]) in Erwägung zieht, vielmehr dürfte aus diesem Grunde das Rechtsmittel nur ausnahmsweise zu versagen sein. Auszuschließen sind jedoch diejenigen Fälle, in denen der nichtige Staatsakt nicht von einem Staatsorgan erlassen ist[23]). Denn grundsätzlich sollen die Rechtsmittelbehörden nur tätig werden, wenn dies erforderlich ist. Die Fälschung kann aber gemäß dem Begriffe der Nichtigkeit ebensogut von jeder Behörde als Zwischenfrage festgestellt werden, so daß sich in den meisten Fällen das Rechtsmittel erübrigt[24]). Gegen den Staatsakt, der die Nichtigkeit als Vorfrage feststellt, ist aber auch in der Regel ein Rechtsmittel gegeben.

---

[17]) Vgl. Staudinger zu § 839, 6b, 7/8. Auflage.

[18]) Vgl. v. Baligand 179, Kriegsmann 462, Krug 416/7, Friedländer 340/41, Kroschel 163, Sauer 447/8, Hein 321, Kormann I 203b ff., W. Jellinek I 45 ff., anders wohl nur E v Hippel II, insoweit nach seiner Auffassung Normbeziehbarkeit genügt; hierzu vgl. weiter unten.

[19]) Vgl. § 7.

[20]) Vgl. sächs. OVG. Jahrb. 31, 167, OVG. 31. 429, Herrnritt I 290 vor IV, Württ. VGH. vom 9. Dezember 1925 Württ. RV. 1926, 139 ff., Kormann 207, Hamb. VerwGer. vom 9. Oktober 1922, HansRZ. 1923, 626, Fleiner 205, Tezner II 422, Talsen 21, W. Jellinek I 45, 118 u 124, II 208, III 110, IV 255/6, E. Becker, Nr. 3 vor § 73, Bühler 333 Anm. 20, Merkl 197, RFH. 8, 139/40; 12, 20; 12, 9; 19, 214; Kann JW. 1920, 350, Wahle JW. 1928 zu Nr. 20 B 9, vgl. auch Hellwig-Oertmann § 305, 1 und den Gesetzesvorschlag Oetkers BayZRfl. Jahrg. 18, 163 ff. für ZPO u. StPO.; Alcinder 43 betont mit Recht, daß das Rechtsmittel gegenüber der Nichtbeachtung des Scheinstaatsakts das friedlichere Mittel ist. Wurzer 188/9, Josef PrVerBl. 46, 147, III 363, RGZ 16, 331; 90, 296 (ohne Verkündung des Urteils kein Rechtsmittel), vgl. aber auch RG. JW. 1928, 1136 Nr. 5; Hein 322/3 verlangt aber nur eine urteilsmäßige Aussage des Richters, ähnlich Josef I 156/7 u. II 23, ferner Kern 143 Abs. I, Stein-Jonas vor § 578 I 2c Abs 3.

[21]) I 207 Abs. 2.

[22]) Vor § 73 Nr. 3 Abs. 2, vgl. auch zu § 218 Anm. 4a.

[23]) Dies wird meistens nicht ausdrücklich getan, so aber von W. Jellinek IV 255/6, Kormann 207 Abs 2 a. E., Kann JW. 1920, 350, a. A. ausdrücklich W. Jellinek I 45 Abs. 2.

[24]) Das eingelegte Rechtsmittel wird als unzulässig verworfen. Die Billigkeit wird

Im Gegensatz zu Wurzer[25]) ist zu verneinen, daß die für die Fälschung vorgeschlagene Regelung auch für die anderen Fälle zweckmäßiger ist. Zwar ist es an sich zweckmäßiger, das durch den nichtigen Staatsakt abgeschlossene Verfahren ohne weiteres fortzusetzen. Dies setzt aber voraus, daß die den nichtigen Staatsakt erlassende Behörde die Nichtigkeit bejaht, was aber in sehr vielen Fällen nicht der Fall sein wird, weil diese Behörde den Staatsakt nur für vernichtbar hält. In diesen Fällen ist also jedenfalls die Zulässigkeit des Rechtsmittels auch zweckmäßig. Wurzer berücksichtigt aber auch zu Unrecht nicht das hier in § 7 festgestellte Postulat, daß der gutgläubige Dritte zu schützen ist. Daß aber dieses Postulat vorliegend unanwendbar ist, wie Wurzer meint, folgt nicht aus der Beseitigung der gemeinrechtlichen Urteilsnichtigkeit. Denn auch die ZPO. und StPO. haben die Nichtigkeit nicht völlig beseitigen können[26]).

Ist also der von einer Behörde erlassene nichtige Staatsakt anfechtbar, so kann diese Anfechtung doch nur eine Feststellung der Nichtigkeit zum Gegenstande haben, weil ein aufzuhebender Staatsakt nicht besteht[27]). W. Jellinek[28]) beruft sich für die entgegengesetzte Auffassung darauf, daß in diesem Falle das Rechtsmittel die „Zerstörung" einer gesetzlichen Vermutung zum Gegenstande habe, und diese Zerstörung mehr als ein Feststellungsurteil sei. Diese Auffassung wird jedoch dem Umstande nicht gerecht, daß der für die Zulässigkeit des Rechtsmittels geforderte bestimmte Staatsakt nicht vorliegt, daß also eine notwendige Voraussetzung für die Zulässigkeit des aufhebenden Rechtsmittels fehlt. Damit entfällt aber auch der von W. Jellinek[29]) für seine Meinung angezogene Grund, daß Nichtigkeit und Anfechtbarkeit sich nicht ausschließen.

Der Inhalt des einzelnen Staatsaktsbegriffs und somit die völlige Nichtigkeit ist aber auch für die teilweise Nichtigkeit von Bedeutung. Denn bei der Bestimmung der Merkmale des Staatsaktsbegriffs muß auch darüber entschieden werden, welche Rechtswirkungen zum Inhalte des Staatsaktsbegriffs gehören. Der Rechtsbegriff besteht nämlich nicht lediglich aus dem abstrakten Tatbestande, sondern auch aus den für diesen Tatbestand gesetzten Rechtsfolgen[30]). Auch diese Rechtsfolgen hat also die Nichtigkeitslehre festzustellen. Daraus folgt, daß in Zweifelsfällen zunächst die völlige Nichtigkeit geprüft sein muß, ehe über die teilweise Nichtigkeit entschieden werden kann[31]).

Durch die Bestimmung des einzelnen Staatsaktsbegriffs wird, wie erwähnt, die Frage gelöst, welche Rechtswirkungen der einzelne Staatsakt notwendig enthält. Obwohl es nun von vorneherein bedenklich erscheint, den Begriff des Urteils ohne jede Rechtswirkung zu bestimmen, wie Kriegs-

---

aber vielfach eine Niederschlagung der behördlichen Kosten fordern (vgl. E. Becker zu § 218 Anm. 4a).

[25]) 188/9.

[26]) Dies nimmt ja auch Wurzer an, wenn er auch das nichtige Urteil Nichturteil nennt; vgl. diesen auch S 6.

[27]) Ebenso Fleiner 205, Tezner II 422, Kormann 207, OVG. 13, 412 Abs. 2, Herrnritt I 290 vor IV, sächs. OVG. Jahrb. 31, 167, RJH. 12, 9; 19, 214; anders Bad. VGH. BadVerwZ 1924 68, ohne Begründung, wie hier Entsch desselben Gerichts a. a. O. 1910, 76, W Jellinek II 208 bei Anm. 28; Alcindor 43 sieht im Rechtsmittel auch einen Tadel.

[28]) a. a. O wohl auch IV 255 a. E

[29]) II 208, IV 255.

[30]) Vgl. Baumgarten Bd. II 149 ff., Hein 339 Anm. 29 gegen Kriegsmann.

[31]) Vgl. Wurzer 205 ff. u. allenthalben.

mann[32]) erwägt, ist dies aber doch begrifflich nicht unmöglich. Denn wenn auch der Urteilsbegriff als solcher ohne Rechtswirkungen ist, so ruft er doch infolge seiner Bedeutung für die anderen Rechtsgebiete z. B. § 113 StGB. Rechtswirkungen hervor. Im Hinblick auf die Regelung des Urteils in den Prozeßordnungen ist jedoch nicht anzunehmen, daß der Urteilsbegriff ohne Rechtswirkungen aus der Prozeßordnung zu bestimmen ist[33]).

Grundsätzlich ist aber auch im übrigen der einzelne Staatsakt ohne Rücksicht auf Rechtswirkungen, die außerhalb des für seine Regelung maßgeblichen Rechtsgebiets liegen, mit Rechtsinhalt zu bestimmen; als solcher liegt mindestens der des Verfahrensabschlusses vor. Denn es ist im allgemeinen anzunehmen, daß in den anderen Rechtsgebieten der Begriff des einzelnen Staatsakts vorausgesetzt wird und auch der Staatsakt, von besonderen Fällen abgesehen, Rechtswirkungen enthalten soll. Dies wird auch allgemein angenommen[34]). Bedenklich ist deshalb die von Jèze[35]) aufgestellte nullité radicale, die sich von der inexistence nur durch das Bestehen des Aktes unterscheiden soll, und zwar mit der Bedeutung, daß z. B. die Vollstreckung nicht immer voie de fait sei, und daß die an sich völlig wirkungslose Bürgermeisterwahl einer Neuwahl entgegenstehe. Im deutschen Recht setzt nämlich die Haftung des Staates für seine Beamten nicht voraus, daß diese Beamten den gewollten Staatsakt vorgenommen haben, vielmehr ist hier lediglich eine Handlung in Ausübung der öffentlichen Gewalt erforderlich[36]). Auch ist nicht einzusehen, warum die sonst jeder Wirkung entbehrende Bürgermeisterwahl wegen ihrer Existenz der Neuwahl entgegenstehen soll.

Das folgende Beispiel soll noch die Bedeutung der relativen Nichtigkeit veranschaulichen. O. Mayer[37]) verneint die Nichtigkeit der sogenannten Bordellkonzession, erklärt aber, daß das Strafgericht mit seinem Prüfungsrecht den Bordellkonzessionen die Wirkung gegenüber § 180 StGB. versage. Dies bedeute aber keine Nichtigkeit. Diese Auffassung ist in der Tat möglich. Denn zunächst bleibt die Möglichkeit, daß die Bordellkonzession nur dem Strafgericht gegenüber nichtig ist, also relative Nichtigkeit vorliegt. Aber auch dies ist nicht begrifflich notwendig. Denn zu den Begriffsmerkmalen des Staatsakts gehören, wie ausgeführt, auch die Rechtswirkungen. Die Bejahung der relativen Nichtigkeit der Bordellkonzession setzt also voraus, daß die Erteilung jeder Konzession auch von den Gerichten als verbindlich anzuerkennen und dies nur ausnahmsweise wegen der Gesetzwidrigkeit für die Bordellkonzession zu verneinen ist. Diese Frage führt zu der Frage, ob den Staatsakten allgemein oder mindestens in beschränktem Umfange Verbindlichkeit für alle Behörden zukommt oder nicht, ob man also von relativer Nichtigkeit wegen der ausnahmsweise fehlenden Fernwirkung sprechen kann. Bejaht man die Verbindlichkeit in beschränktem Umfange[38]), so ist es berechtigt, von rela-

---

[32]) 459.

[33]) Vgl. Wurzer 25 ff., 182, 204, 263. Hein bejaht zwar auch für den Fall der Nichtigkeit des Urteils das Bestehen des Urteils, aber er spricht dem nichtigen Urteil nur alle auf dem „sachlichen" Gehalt des geäußerten Wollens beruhenden Rechtsfolgen ab und läßt im übrigen z. B. das Urteil Gegenstand eines Rechtsmittels sein (320, 328 ff., 322/3), vgl. auch Stein-Jonas vor § 578 I 2 Abs. 1 u. Abs. 2c.

[34]) Vgl. die S. 244 Anm. 37 Angegebenen.

[35]) Bd. I 97.

[36]) Vgl. O. Mayer Bd. I 186 Abs. 1 u. 2, 192 Abs. 3, W. Jellinek IV 312/3.

[37]) Bd. I 255 Anm. 32.

[38]) Dies ist für das geltende Recht in erheblichem Umfange anzunehmen: vgl. Stein 104, Layer 139 Abs. 4 u. 145 ff., W. Jellinek IV 329 ff., Sievers 340, 358,

tiver Nichtigkeit zu sprechen. Im übrigen genügt hier die Feststellung[39]), daß O. Mayers Ansicht auf Grund der Nichtigkeitsbegriffe nicht zu widerlegen ist.

Wie gezeigt hat der Begriff der Nichtigkeit für den einzelnen Staatsakt die Bedeutung eines Rechtsbegriffs, weil in seinem Inhalte die völlige bzw. relative Verneinung der Merkmale des Staatsakts enthalten ist[40]), oder doch wenigstens dem Staatsakt ein Teil der gewollten Rechtswirkungen aberkannt wird. Im Gegensatz hierzu ist der Nichtigkeitsbegriff E. v. Hippels ohne Bedeutung. Sein Begriff der Nichtigkeit fordert nämlich, wie ausgeführt[41]), rechtliche Unerheblichkeit des Tatbestandes in jeder Hinsicht. Dieser Begriff ist aber nicht einmal als Kategorie verwendbar, wie E. v. Hippel[42]) wenigstens zugesteht. Denn ein Rechtsbegriff ist er nicht. Das Rechtssystem hat aber auch nicht die Aufgabe, die Voraussetzungen eines irgendwie rechtserheblichen Tatbestandes aufzustellen, wie es die Voraussetzungen eines Staatsakts festzustellen hat. Es genügt vielmehr, im einzelnen Falle zu prüfen, ob bestimmte Rechtsfolgen vorliegen oder nicht.

Die Ausführungen E. v. Hippels über die Bedeutungslosigkeit der Nichtigkeit treffen aber auch den hier aufgestellten Nichtigkeitsbegriff, weil E. v. Hippel[43]) grundsätzlich von dem Begriff des Fehlers ausgeht und er auch die Nichtigkeit als Fehlen aller Rechtswirkungen des gewollten Staatsakts nicht einmal verwendet[44]). Den Begriff des Fehlers bestimmt E. v. Hippel[45]) nur formal, nämlich als fehlendes Deckungsverhältnis von Norm und Tatbestand.

Soll jedoch der Staatsakt nur unter dem Gesichtspunkt des fehlenden Deckungsverhältnisses von Norm und Tatbestand betrachtet werden, so ist es rechtlich unerheblich, ob der vorliegende Tatbestand unter die Merkmale des einzelnen Staatsaktsbegriffs subsumiert werden kann. Denn dieser Mangel der Nichtsubsumierbarkeit soll ja nicht die Rechtsfolge der Nichtigkeit, das Nichtvorliegen eines Staatsakts, bedeuten. Die Widerlegung von Hippels ergibt sich jedoch aus dem Begriffe des Rechts. Denn das Recht ist eine Norm, ein Sollen[46]); dies nimmt auch E. v. Hippel[47]) an. Der Inhalt des Sollens wird durch den Tatbestand und die dafür bestimmte Rechtswirkung bestimmt. Mögen nun auch im Wege der Auslegung die Rechtswirkungen, die zu den Begriffsmerkmalen eines Staatsaktsbegriffs gehören, immer geringer

---

O Mayer Bd. I 95, RG. JW. 1928, 279, Dersch JW 1928, 714 Anm. 15 u. II 185, Tezner II 420, KG. PrVerwBl. 38, 369, RG. JW. 1927, 2198 Nr. 14, Anschütz JW. 1927, 2692 Nr. 5, Kormann 221 ff., Josef III 359.

[39]) Vgl. im übrigen Frank zu § 181 III 2.

[40]) Oetker BayZRPfl. Jahrg. 18, 162 bezeichnet es als einen dogmatischen Fehler, die Nichtigkeit in unfruchtbarer Kasuistik zu behandeln; demgegenüber fordert er die Behandlung des gültigen Urteils.

[41]) Vgl. S. 246 Abs. 3.

[42]) II S. 15.

[43]) II 3.

[44]) Vgl. II 15, 80, 96, 104, 106.

[45]) II 3. Gemäß unseren Ausführungen S. 239 ff. ist es unzulässig, zu den fehlerhaften Staatsakten den nichtigen Staatsakt zu rechnen (so auch Coester 43). Dagegen ist es zulässig, wie E. v. Hippel, von einem Fehler zu sprechen (so auch Merkl I 192, Herrnritt II 30). Einen engeren Sinn haben die Fehler des § 212 AO., vgl. E. Becker zu § 212 Nr. 10.

[46]) Vgl. Somlò 1. Teil, 1. Kap., Kelsen I 1. Buch, Baumgarten Bd. I § 9 144 ff., Sander, Staat und Recht 1922, faßt die Rechtssätze als Existentialurteile auf. Die von Sander aufgestellte Gleichstellung von Rechtsnorm und ethischer Norm ist jedoch, wie auch Kunz, ArchöR. NF. 5, 267, bemerkt, zu verwerfen.

[47]) II 3.

werden und der entsprechende Tatbestand immer allgemeiner, der Umfang des Begriffes also immer größer werden, so muß doch jede Auslegung an einen Punkt gelangen, an dem die Verringerung der Rechtswirkungen und die Verringerung der an den Tatbestand zu stellenden Anforderungen aufhört, an dem die Grenze des Rechtsbegriffs liegt. Es muß demnach Tatbestände geben, die als Staatsakte erscheinen, die aber doch jenseits dieser Grenze liegen, für die aber das rechtliche Sollen nicht gilt. Diese Grenze wird aber gerade durch die Merkmalsbestimmung des im Gesetze aufgestellten Staatsaktsbegriffs gezogen[48]).

E. v. Hippel verkennt die Bedeutung dieser Merkmalsbestimmung, wenn er neuestens[49]) behauptet: „stets läßt sich behaupten, ein Geschehen falle nicht unter einen Rechtsbegriff, da es als regelwidrig nicht begriffsmäßig sei". Denn die Begriffsbestimmung kann nur dem Gesetze entnommen werden, findet also stets an der Gesetzesauslegung ihre Grenze[50]).

Sollte E. v. Hippel[51]) die notwendige Umgrenzung des Staatsaktsbegriffs durch den Hinweis, daß der Staatsakt sich als „irgendwie für die teleologische Betrachtung norm-beziehbar[52])" erweisen müsse, ziehen wollen, so muß diese Grenzziehung als unrichtig zurückgewiesen werden. Denn es kann sich nicht darum handeln, ob ein normbeziehbarer Tatbestand vorliegt, damit die Rechtsnorm ihre Rechtswirkungen äußert, sondern die Norm muß in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sein, damit die von ihr bestimmte Rechtswirkung eintritt, mag allerdings auch im einzelnen Falle, wie etwa die Auslegung ergibt, nicht erforderlich sein, daß diese Voraussetzungen mit der ausdrücklichen Bestimmung der Norm übereinstimmen[53]).

Auch der neuestens von E. v. Hippel[54]) gegen diese Lehre, den „Positivismus", erhobene Einwand ist nicht berechtigt. Diesem, die philosophische Naivität rügenden Einwande zufolge ist nämlich für den Positivismus „die Nichtigkeit eine Seinskategorie, das Ausbleiben einer Wirkung wegen fehlender Ursache, welche in der Nichtexistenz eines vermuteten Gegenstandes gesehen wird[55]). Die obigen Ausführungen ergeben demgegenüber, daß der Begriff der Nichtigkeit aus dem Begriff der Rechtsnorm als eines Sollens hergeleitet wird, daß dagegen von dem Fehlen eines ursächlichen Zusammenhanges nur insoweit die Rede ist, als die Rechtsnorm als Ursache der Rechtswirkung bezeichnet wird[56]).

[48]) Vgl. Baumgarten Bd. II 156: „wenn es am Tatbestande oder, was das Gleiche ist, am Rechtsgrunde mangelt, dann bleibt auch die Rechtswirkung aus . . . . ." Vgl. auch dessen Begründung S. 150, wonach der vorgenannte Satz darauf beruht, daß die abstrakte Vorstellung von dem konkreten Tatbestande den Gesetzgeber bestimmt, in einem Rechtssatz die konkrete Rechtsfolge als Folge des Eintritts des bezeichneten Tatbestandes festzusetzen und daß dieser Rechtssatz die Ursache dafür darstellt, daß einem konkreten Tatbestande die bestimmte Rechtsfolge zukommt.

[49]) III 191 Abs. 1.

[50]) Deshalb kommt auch der bei der Beeidigung als Beamter notwendige Frack des Beamten (Bsp. v. E. v. Hippel III 190 Abs. 3) für die Nichtigkeit der Amtshandlung ernstlich nicht in Betracht (vgl. RGStr. 7. 372).

[51]) II § 1 Anm. 7 S. 3.

[52]) Ähnlich III 193 Anm. 3; „nur der Tatbestand liegt in der Kausalebene, auf welche sich die Norm frei, da bloß sinngebunden, bezieht."

[53]) So auch Merkl I 192, W. Jellinek Veröff. Staatsrechtslehrer H. 5, 211/2, Jèze I 27, auch wohl Friedrichs V 274/5.

[54]) III 193/4.

[55]) Nach Wurzer 8 behandelte das gemeine Recht „das Nichtsein" als eine Eigenschaft von etwas Existierendem.

[56]) Vgl. auch E. v. Hippel III 190/1; vom ursächlichen Zusammenhang ist dort nicht die Rede.

E. v. Hippel hat die bildliche Bezeichnung „rechtliches Nichts" allzu wörtlich und dazu noch als Begründung aufgefaßt. E. v. Hippel glaubt aber auch selbst nicht, daß jeder bildliche Ausdruck wörtlich genommen werden darf, da er ja absichtlich sich solcher Bilder häufig bedient[57]).

Demnach ist entgegen der Auffassung E. v. Hippels daran festzuhalten, daß die Nichtigkeit gemäß dem Begriffe des Rechts als einer Norm denknotwendig[58]) für jeden Staatsakt gegeben ist, wenn auch außer der Nichtigkeit noch andere Formen der Fehlerfolge für den Staatsakt bestehen[59]). Daraus folgt aber auch, daß Nichtigkeit und Prüfungsrecht nicht Wechselbegriffe sind und daß die Nichtigkeit nicht der Vorbehalt eines Minimalprüfungsrechts bedeutet, wie E. v. Hippel[60]) annimmt. Vielmehr ist gemäß den obigen Ausführungen zwischen völliger Nichtigkeit, relativer Nichtigkeit[61]), teilweiser Nichtigkeit und Fehlen einer Fernwirkung zu unterscheiden.

Im Gegensatze zu E. v. Hippel legen aber auch Schrifttum und Rechtsprechung der Nichtigkeit weitgehende Bedeutung bei. So ist insbesondere im Verwaltungsrecht, und zwar neuerdings von Andersen, der Gegensatz zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Verwaltungsakts betont worden[62]). In der Kriegs- und Nachkriegszeit hat gerade die Rechtsprechung des RG. mit Rücksicht auf den mangelnden Rechtsschutz[63]) gegen Verwaltungsakte die Nichtigkeit derselben zu prüfen gehabt[64]). Besonders eindrucksvoll ist die Bedeutung der Nichtigkeit im Arbeitskampf der westdeutschen Eisenindustrie gegen Ende des Jahres 1928 hervorgetreten. In dem diesbezüglichen Rechtsstreit haben nämlich die Arbeitgeber mit Erfolg die Nichtigkeit des Schiedsspruches und damit der Verbindlichkeitserklärung wegen Zuständigkeitsüberschreitung geltend gemacht[65]). Ferner ist man im Rechtsleben auch dort zur Annahme der Nichtigkeit gelangt, wo, wie im Kartellrecht, die obersten Behörden allein zur Entscheidung zuständig sind[66]). Schließlich kommt Nichtigkeit auch dort in Betracht, wo unerträgliche Fehler eines nicht mehr zurücknehmbaren Staatsakts vorliegen.

Während das Schrifttum zu den Prozeßordnungen meistens teilweise Nichtigkeit annimmt, hat neuerdings Wurzer auf die völlige Nichtigkeit, d. h. das Fehlen der Begriffsmerkmale, als das hauptsächlichste[67]) Hilfsmittel der Rechtsordnung hingewiesen. Im Verwaltungsrecht hat jüngst wiederum W. Jellinek[68]) zum Schutze des Betroffenen Nichtigkeit wegen Fehlens der vom Gesetze vorgeschriebenen Einwilligung des Betroffenen zum Erlaß des

---

[57]) Vgl. III 230 a. E.

[58]) So auch Kelsen II 86, Sievers 325 Anm. 2.

[59]) Vgl. E. v. Hippel II 21/2; dieser berücksichtigt im übrigen nicht, daß sein Begriff der Nichtigkeit ein anderer als derjenige Kelsens ist.

[60]) III 193/4; wie hier W. Jellinek Veröff. Staatsrechtslehrer H. 5, 211/2.

[61]) Diese liegt in § 3 RBG. vor: „bei Verweigerung der Eidesleistung ist die Ernennung des Beamten in seinem Verhältnis zum Reich nichtig."

[62]) Vgl die in Anm. 37 S. 244 Angegebenen u. Drews JW. 1927, 751 vgl. auch Lehmann bei Grauert 339 Abs. 6.

[63]) Vgl. Nipperdey bei Grauert 257 Abs. 1, Specovius JW. 1925, 1665 ff.

[64]) Vgl. RGZ. 101, 53, 115; 103, 273/4, 315/6; 104, 154: 105, 59/60; 111, 168 ff.; 116, 10; 119, 196 ff. Vgl. aber auch den von Ewald HansRZ. 1923, 396 ff. eingehend behandelten Fall der Grundbuchpraxis, wo nicht weniger als 7 Nichtigkeitsgründe ernstlich in Betracht kommen.

[65]) Vgl. das bei Grauert angegebene Buch, daß den Rechtsstreit aktenmäßig enthält.

[66]) Vgl. die Gutachten von Geiler und Anschütz 567 ff. u. 581 ff.

[67]) Vgl. nämlich auch 144.

[68]) III.

Verwaltungsakts angenommen und damit die Rechtsprechung der obersten Gerichte über die Nachprüfbarkeit der Beamtenentlassung in diesen Fällen gebilligt.

§ 4. Das für die Bestimmung der Nichtigkeit des Staatsakts grundlegende Prinzip.

Weder Kormann noch W. Jellinek haben einen allgemeinen Grundsatz aufgestellt, der für jeden Fall die Entscheidung ermöglicht, ob ein Staatsakt nichtig ist oder nicht. Zwar gibt W. Jellinek eine Einteilung der Fehler des Staatsaktes, er unterscheidet nämlich Mängel in bezug auf die Tauglichkeit der Subjekte, der Objekte, der Formen und der sachlichen Richtigkeit; er erklärt auch die drei ersten dieser genannten vier Haupterfordernisse eines fehlerlosen Staatsakts für schwerwiegend und die Nichtigkeit als die häufige Folge ihres Fehlens[1]). Aber es handelt sich hier nicht um einen Grundsatz, sondern um die Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse. Weiterhin stellt W. Jellinek noch einen Satz auf, den er als allgemein geltend und als banal kennzeichnet, daß nämlich eine staatliche Handlung sicher dann vollkommen wirksam sei, wenn dem Gesetze in jeder Hinsicht Genüge geschehe, und daß von einer staatlichen Handlung sicher dann nicht gesprochen werden könne, wenn die Vorschriften des Gesetzes in keiner Weise erfüllt seien.

Kormann[2]) hat zwar den Grundsatz aufgestellt: „Die Mangelhaftigkeit des Geschäfts (im öffentlichen Recht) ist Anfechtbarkeit, nicht Nichtigkeit". Aber dieser Grundsatz wird selbst nach Kormann[3]) von so vielen Ausnahmen durchbrochen, daß auch dieser Grundsatz keine Entscheidung im einzelnen Falle ermöglicht.

In bewußtem Gegensatze zu W. Jellinek und Kormann will Kelsen[4]) ein allgemeines Prinzip aufstellen. Es ist nun nicht ganz richtig, wenn Kelsen gleichzeitig erklärt, daß sowohl W. Jellineks wie Kormanns Ausführungen ein allgemeines, „methodologisch fundiertes" Prinzip vermissen lassen. Denn beide Autoren gehen doch davon aus, daß es sich bei der Bestimmung der Nichtigkeit des Staatsakts um die Bestimmung von Rechtsbegriffen handelt, die im Wege der Gesetzesauslegung vorzunehmen ist[5]). Von diesem Prinzip ausgehend suchen beide Autoren durch die Aufstellung einzelner Grundsätze die Gesetzesauslegung im einzelnen Falle zu erleichtern. Wenn Kelsen demnach ein methologisches Prinzip erst aufzustellen glaubt, so handelt es sich bei ihm nur um ein anderes Prinzip.

Daß die Gesetzesauslegung das grundlegende Prinzip für die Bestimmung des fehlerhaften, also auch des nichtigen Staatsakts sei, haben neuerdings für die Urteile nach ZPO. und StPO. Wurzer und Hein[6]), für alle Staatsakte besonders nachdrücklich E. v. Hippel betont. Zwar hat E. v. Hippel sich scharf gegen W. Jellinek und Kormann gewandt; er hat aber

[1]) 1 104.
[2]) I 217.
[3]) Vgl. § 27 ff.
[4]) II 68.
[5]) Vgl. Kormann § 26 II, insbes. die Verweisung in Anm. 61 S. 229 auf die Darlegung der Methode S. 5, die den strengsten Anschluß an die positivrechtlichen Bestimmungen verlangt. Vgl. ferner W. Jellinek I 3, wo die allgemeinen Sätze als Anhaltspunkte für die Gesetzesauslegung bezeichnet sind.
[6]) Ersterer 1 u. 155, Letzterer 319.

kein anderes Prinzip aufgestellt[7]), vielmehr kämpft er gegen die Art der Durchführung dieses Prinzips durch W. Jellinek und Kormann, was er in dem Untertitel: „Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung" zum Ausdruck bringt.

Als allgemeines Prinzip stellt Kelsen[8]) den Satz auf, daß nach allgemeinen logischen Prinzipien das Zurechnungsurteil über eine dem Staate zuzurechnende menschliche Handlung nicht gefällt werden könne, wenn auch nur ein Erfordernis, das die Rechtsordnung in bezug auf die Form und den Inhalt als Bedingung aufstelle, fehle. Diesem Satze Kelsens kann wohl jeder zustimmen, soweit man die Worte ihrem gewöhnlichen Inhalte gemäß versteht. Denn wenn eine Rechtsvorschrift Erfordernis dafür ist, daß ein Staatsakt vorliegt, so muß notwendig das Fehlen eines dieser Erfordernisse die Nichtigkeit des Staatsakts zur Folge haben[9]). Aber Voraussetzung ist dann doch immer, daß eine Vorschrift auch tatsächlich Erfordernis des Staatsakts ist. Hier liegt in der Tat das Prinzip Kelsens. Er[10]) unterstellt nämlich, daß alle positivrechtlichen Vorschriften wegen ihrer gleichen Bedeutung auch Erfordernisse des Staatsakts seien und daß Ausnahmen hiervon unzweideutig bestimmt sein müßten[11]). Die Gleichstellung aller positivrechtlichen Vorschriften, insoweit sie als Erfordernisse des Staatsakts in Betracht kommen, ist also das Prinzip Kelsens.

Kelsen hat nun nicht übersehen, daß z. B. ein Zuwiderhandeln gegen die Vorschrift, wonach der Beamte bei der Vornahme der Amtshandlung eine Uniform zu tragen hat, nicht die Nichtigkeit des Staatsakts zur Folge haben kann[12]). Hier spricht Kelsen, für den genannten Fall wohl nicht mit Unrecht, von Dienstzuchtvorschriften, die die Nichtigkeit des Staatsakts nicht herbeiführen könnten. Zu beachten ist aber, daß Kelsen auch diese Vorschriften als Rechtsnormen ansieht[13]). Aber auch in den übrigen Fällen hat nach Kelsen nicht jeder Fehler die Nichtigkeit des Staatsakts zur Folge. Kelsen hat nämlich die Rechtsform der Anfechtbarkeit nicht übersehen.

Die Anfechtbarkeit bezw. Vernichtbarkeit faßt Kelsen als bedingte Nichtigkeit auf[14]). Sie soll folgende Bedeutung haben: Die Rechtsordnung habe die Beurteilung eines Teiles der Erkenntnisgründe, auf die sich das Zurechnungsurteil, daß ein Staatsakt vorliege, stütze, der „logischen Autorität" des einzelnen entzogen und der Staatsautorität vorbehalten. Weiterhin kennt Kelsen noch die Möglichkeit, daß eine nach dem Gesetzestexte als Inhalt der Rechtsordnung erscheinende Vorschrift nicht als rechtlich relevanter Gesetzesinhalt im materiellen Sinne angesehen werden könne[15]), sodaß trotz des Wortlautes des Gesetzes eine ein Erfordernis des Staatsakts enthaltende Vorschrift nicht vorliege.

Nach der Auffassung Kelsens bestehen also drei Möglichkeiten dafür, daß eine Rechtsvorschrift kein Erfordernis des Staatsakts ist, nämlich daß diese Rechtsvorschrift eine solche der Dienstzucht, eine scheinbar rechtliche oder

---

[7]) Vgl. II § 6.
[8]) II 85/86.
[9]) So ja auch der banale Satz W. Jellineks I 104, hier S. 255 Abs. 2.
[10]) II 85 bis 87.
[11]) So auch Merkl I 195 und nach Andersen De Valles, bei Andersen S. 60.
[12]) II 59.
[13]) II 62.
[14]) II 87.
[15]) II 59.

eine bedingte Nichtigkeitsvorschrift ist[16]). Kelsen stellt nun insoweit ein Verhältnis zwischen den vier Möglichkeiten her, als nach seiner Auffassung eine bedingte Nichtigkeit, die Vernichtbarkeit also, von der Rechtsordnung ausdrücklich oder doch unzweideutig bestimmt sein muß[17]). Im übrigen soll die Auslegung entscheiden, welche der noch möglichen Bedeutungen eine sich als Erfordernis an den Staatsakt ausgebende Vorschrift haben soll. Wenn Kelsen dies auch nicht so deutlich erklärt, so ergibt sich die Maßgeblichkeit der Auslegung aber doch aus seiner Darlegung der genannten vier Bedeutungen einer Rechtsvorschrift, wie im Folgenden darzulegen ist.

Kelsen läßt zwar den Auslegungsgrundsatz gelten, daß der Gesetzgeber rechtlich Erhebliches zum Inhalt der Gesetze mache, also jeder Vorschrift soweit wie möglich „eine Sanktion" zugeordnet werden müsse, er hält es aber weiterhin für selbstverständlich, daß dies nicht immer gelingen werde[18]). Sodann gibt Kelsen nicht an, in welchen Fällen lediglich Dienstzuchtbestimmungen anzunehmen seien. Soll dies aus dem von Kelsen gegebenen Beispiel, daß der Beamte bei der Vornahme der Amtshandlung die Uniform zu tragen habe, entnommen werden! Sieht man nun auch von der schwankenden Bedeutung einer ausdrücklichen und unzweideutigen Bestimmung der Vernichtbarkeit durch das Gesetz ab, so bleiben immerhin drei Bedeutungen, die eine als Erfordernis an den Staatsakt erscheinende Vorschrift haben könnte. Auch nach Kelsen könnte also die Maßgeblichkeit einer dieser Bedeutungen im einzelnen Falle nur im Wege der Auslegung festgestellt werden.

Das allgemeine Prinzip, das Kelsen zu geben glaubt und das die Abgrenzung ermöglichen soll, ist demnach nicht im Stande, eine Entscheidung zu geben. Denn die im Wege der Auslegung zu treffende Feststellung, welche Bedeutung eine als Erfordernis für den Staatsakt erscheinende Norm hat, bedeutet gleichzeitig die Bejahung oder Verneinung der Nichtigkeit, wenn auch die Vernichtbarkeit ausdrücklich bestimmt sein soll. Von letzterem abgesehen führt also das von Kelsen gefundene Prinzip auf denselben Ausgangspunkt zurück, von dem auch Kormann und W. Jellinek ausgegangen sind.

Es liegt nun nahe, daß die Forderung Kelsens, die Vernichtbarkeit müsse ausdrücklich bestimmt sein, seine Auslegung des einzelnen Falles beeinflußt. Aber Kelsen stellt fest[19]), daß die Gesetzgebung mit den von Kormann und W. Jellinek auf „empirisch-praktischem Wege"[20]) gefundenen Ergebnisse im allgemeinen übereinstimme. Jedenfalls ist aber der Schluß Kelsens, daß wegen der Gleichwertigkeit aller positivrechtlichen Vorschriften die Vernichtbarkeit ausdrücklich bestimmt sein müsse, nicht zwingend[21]). Denn das Gesetz kann seinen Willen, daß der Fehler die Vernichtbarkeit herbeiführen soll, auch stillschweigend kundgeben[22]). Dies entspricht der allgemeinen Meinung, wonach nicht der Wortlaut allein, sondern auch der Sinn einer Rechtsvorschrift zu beachten ist. Diese Auffassung legt ja auch Kelsen für die Unterscheidung der vier Möglichkeiten im übrigen zugrunde[23]).

[16]) So auch Merkl I 196, der hier von Fehlerkalkül spricht.

[17]) II 87/8 u. Merkl I 195.

[18]) II 60.

[19]) II 91, vgl. auch Merkl I 196.

[20]) So nennt Kelsen II 68 die Methode W. Jellineks und Kormanns.

[21]) Gegen Kelsen auch Anderſen 61, der mit Recht Nichtbeachtung des Lebens rügt; vgl. auch E. v. Hippel II 45/6. Es handelt sich hier um die Feststellung des „positiven Rechts" durch die Rechtswissenschaft, nicht um zwei verschiedene Rechtsquellen, wie Merkl I 196 u. 200/1 zu Unrecht annimmt.

[22]) Vgl. z. B. Kormann I 229 Abs. 2.

[23]) Vgl. auch Josef VI 84/5.

Im Gegensatze zu Kelsen und Merkl betont O. Mayer den Gegensatz zwischen der Willenserklärung des Einzelnen und derjenigen des Staates. O. Mayer erklärt nämlich zur Begründung der aufgeführten Nichtigkeitsgründe[24]): „Hierin erweist sich wieder die grundsätzliche Verschiedenheit des Rechtswertes der Willenserklärung der Obrigkeit. Die Letzteren (d. h. Rechtsgeschäfte der Privaten) sind wirkungslos, wenn sie nicht ihre Rechtmäßigkeit nachweisen. Die Obrigkeit aber, wenn sie innerhalb ihrer allgemeinen Zuständigkeit bestimmt, bezeugt damit zugleich, daß die besonderen Voraussetzungen für die Gültigkeit ihres Akts gegeben sind. Diese Selbstbezeugung und damit die Wirksamkeit des Verwaltungsakts kann nur überwunden werden durch eine stärkere Zuständigkeit"[25]).

Dieser Satz O. Mayers ist eine Fiktion, sofern an eine tatsächliche Bezeugung als besonderen Inhalt des Verwaltungsakts gedacht wird[26]). Da eine solche Fiktion ohne gesetzliche Grundlage ist, verdient sie keine Berücksichtigung[27]). Warum indeß die Rechtsordnung dem Staatsorgan das von O. Mayer bezeichnete Bekundungsrecht nicht übertragen könnte, wie Kelsen[28]) zu glauben scheint, ist nicht einzusehen. Räumt doch auch Kelsen für die „bedingte Nichtigkeit" der Behörde dieses Recht ein. Will aber O. Mayer mit diesem Satze betonen, daß die Behörde gemäß ihrem Aufbau tatsächlich bemüht und im allgemeinen auch in der Lage ist, den Verwaltungsakt dem Rechte gemäß zu gestalten[29]), so handelt es sich um eine tatsächliche Vermutung für die Rechtsgemäßheit des Verwaltungsakts. Ist diese auch neben den anderen Umständen zu berücksichtigen, so kann aber doch nicht ohne weiteres aus der Lebenserfahrung eine Rechtsquelle gemacht und so der Satz O. Mayers als Rechtsnorm anerkannt werden[30]).

Die Betonung des der Obrigkeit zukommenden Übergewichts gegenüber dem Einzelnen bei O. Mayer ist allerdings insoweit jedenfalls anzuerkennen, als im allgemeinen der Behörde die Befugnis beizulegen ist, über die Fehlerlosigkeit des Staatsakts zu entscheiden[31]). Für die Bestimmung der Nichtigkeit ist dies jedoch nicht allein maßgeblich. Denn einmal wird hierdurch nicht entschieden, inwieweit der von Privatpersonen vorgenommene Staatsakt nichtig ist und wann eine behördliche Handlung vorliegt. Daß aber auch die Nichtigkeit des von einer Privatperson vorgenommenen Staatsakts nicht selbstverständlich ist, ergibt § 1319 BGB. und die von Jèze aufgestellte Lehre des Staatsorgans kraft tatsächlicher Ausübung[32]). Sodann ist es aber

[24]) Bd. I 95/6. Daß das Folgende die Rechtfertigung für die Nichtigkeitslehre O. Mayers ist, ergibt sich deutlich aus Anm. 8 Bd. I 96.

[25]) Wie O. Mayer: Wurzer 23, Laband Bd. II 196 Anm. 1, Weyel 47, vgl. auch Schön 266, „daher" gelten als nichtig

[26]) Ähnlich Andersen 62, der noch zutreffend betont, daß diese Selbstbezeugung gerade so fehlerhaft sein kann wie der VerwAkt E. v. Hippel II 53 spricht von einer fast religiösen Formel; jedenfalls dürfte sie nicht ganz klar sein, deshalb bezeichnend die Frage Sievers 298 Anm. 2 an Andersen, ob er etwas anderes sage als O. Mayer.

[27]) Ebenso Josef II 21.

[28]) II 81.

[29]) Darauf beruft sich Andersen 63/4 für die grundsätzliche Verneinung der Nichtigkeit des Verwaltungsakts; ähnlich Herrnritt I 289.

[30]) Vgl. Somlò 55 ff., Baumgarten Bd. I 227, dagegen verstößt Alcindor 52 u. 2, indem er den Tatsachen Rechnung tragend den Schein für rechtlich maßgeblicher hält.

[31]) Vgl. Friedrichs IV 108, Sievers 279, W. Jellinek I 104, F. F. Mayer 27, Wurzer 22, Calsen 20, Josef VI 78.

[32]) Bd. I 444; vgl. noch Friedrichs II 148, Andersen 108 ff., W. Jellinek IV 263/4, Wurzer 11, danach waren nach § 2 Tit. 16 Allgem. GerO. nicht einmal Ur-

auch unstreitig[33]) nicht richtig, daß nach geltendem Recht jeder Behörde die Entscheidungsbefugnis über alle von ihr angewandten Rechtsnormen zusteht. Es wäre nämlich für das Rechtsleben, und zwar ebensosehr für den Staat wie für den einzelnen, unerträglich, wenn jede Behörde jede Staatshandlung vornehmen könnte[34]). Dies widerspricht denn auch dem bestehenden Behördenaufbau, insbesondere aber auch der Ausnahmebestimmung des § 17 GVG., wonach die Gerichte über die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheiden[35]).

Während O. Mayer die Verneinung der Nichtigkeit allein auf die behördliche Selbstbezeugung stützt, beruft sich Sievers[36]) hierfür außerdem noch auf folgenden Satz O. Mayers[37]): „Er (d. h. der Verwaltungsakt) ist nicht wie jedes Rechtsgeschäft des Privaten, das alle seine rechtliche Wirksamkeit aus dem Gesetze zieht, sondern ist selbst öffentliche Gewalt, die aus sich selber bestimmend wirkt, soweit ihr nicht besondere Schranken gesetzt sind." Gesetz und Verordnung können jedoch als Rechtsnormen dem gegen ihre Bestimmungen verstoßenden Verwaltungsakt, überhaupt allgemein jedem Staatsakt, jede Wirkung versagen. Ob dies die Rechtsnorm tut, ist mangels ausdrücklicher Bestimmung nur durch Auslegung der Rechtsnorm zu bestimmen[38]). Dabei ist allerdings auch zu berücksichtigen, daß die gegen die Rechtsnorm verstoßende Behörde in Ausübung der öffentlichen Gewalt handelt[39]).

Allerdings ist die Gesetzesauslegung dann nicht, oder wenigstens nicht in erster Linie, maßgeblich, wenn der Fehler des Staatsakts auf einem Verstoße gegen eine Verwaltungsnorm beruht. Solche Vorschriften bestehen aber auch hinsichtlich der Berufung einer einzelnen Person zum Staatsamte und hinsichtlich dessen Ausübung durch die berufene Person[40]). Diese Vorschriften können die Nichtigkeit des Staatsakts deshalb herbeiführen, weil, wie ausgeführt, nicht jeder zum Staatsdienst berufene sämtliche Staatshandlungen vollziehen kann[41]). Es muß, wie oben schon Kelsen zugegeben wurde, eine Zurechnungsvorschrift vorliegen, damit die Handlung des Einzelnen zur Staatshandlung werde. Eben diese Zurechnung kann aber auch die Verwaltungsverord-

---

teile eines Privatmannes nichtig, nach Koch mußte das Urteil jedoch in das Protokoll aufgenommen sein.

[33]) Friedrichs IV 108 fordert, daß die Handhabung des Gesetzes der Behörde anvertraut sei; der Streit dreht sich nur um die Begrenzung des Machtkreises einer bestimmten Behörde. Auch Sievers 280/1 betont, daß die Feststellung des „Nichtakts" rechtliche Elemente enthält, vgl. noch RG. JW. 1928, 1928 und bei Grauert Nipperdey 257 Abs. 1 u. 264/5, Hueck 287/8; vgl. aber auch Höninger JW. 1929, 1276 Abs. 2, Jakobi JW. 1929, 1277 1, Abs. 2.

[34]) Vgl. Wurzer 24 u. 72, Bettsak 406, Anschütz 587, Josef III 330, u. II 22/3, O. Mayer Bd. I 64, OVG. 13, 413; 22, 86, sächs. OVG. Jahrb. 26, 262, RFH. 19, 214; 7, 152, RAG. 198/9 u. 204, Tezner II 420/1, Laband Bd. II 196 Anm. 1, O. Mayer Bd I 95.

[35]) Vgl. Wurzer 78 Anm. 2 u. 98, RGZ. 48, 201, RGStr. 32, 93, Layer 166/7, Josef I 157.

[36]) 296 Anm. 4, ähnlich Tezner II 420, der sich auf die autoritative Form und Tendenz des Staatsakts beruft, vgl. auch W. Jellinek III 98.

[37]) Bd. I 97.

[38]) So Merkl I 200/1 mit Recht unter Berufung darauf, daß das Gesetz höher stehe als der Verwaltungsakt und daß zu Eingriffen eine gesetzliche Ermächtigung notwendig sei; deshalb ist nach Alcindor 17, 49 die Nichtigkeit rein logisch notwendig.

[39]) Diesem Umstande tragen wiederum Kelsen u. Merkl zu wenig Rechnung, ihre Kritik geht insoweit zu weit, vgl W. Jellinek III 98.

[40]) Vgl. Merkl I 200, für die Organisationsverordnungen G. Jellinek, Gesetz und Verordn. 387.

[41]) Der Umfang der Berufung kann sich aber auch aus einem den Einzelfall regelnden Staatsakt ergeben, wenn z. B. eine Machtübertragung erfolgt (Delegation).

nung von der völligen oder teilweisen Erfüllung des von ihr vorausgesetzten Tatbestandes abhängig machen. Als Ausnahmefall kann hier jedoch unberücksichtigt bleiben, daß der gegen die Verwaltungsverordnung verstoßende Staatsakt von derjenigen Behörde erlassen wurde, die die Verordnung erlassen hatte oder doch dieser Behörde übergeordnet war[42]). Ist somit die Norm[43]) in erster Linie für die Bestimmung der Nichtigkeit maßgeblich, so ist die Meinung Sievers abzulehnen.

Der eben erwähnte Satz, daß der Einzelne zur Vornahme einer bestimmten Staatshandlung berufen sein muß, legt es nahe, in der Vollmacht das maßgebliche Prinzip zu sehen, wie es auch verschiedentlich geschieht.

Für die Urteile hat Oetker[44]) den Satz aufgestellt, daß bei mangelnder Vollmacht das Urteil nichtig sei. Oetker unterscheidet zwischen den Rechtsvorschriften, die nur den Auftrag regeln, und solchen, die die Vollmacht des Richters bestimmen. Da aber auch Oetker seine Unterscheidung zwischen Auftrag und Vollmacht nicht auf ausdrückliche Bestimmungen des Gesetzes zu stützen vermag[45]), so kann er auch nur im Wege der Gesetzesauslegung bestimmen, in welchen Fällen der Richter nicht nur keinen Auftrag, sondern auch keine Vollmacht hat. Die Ausführungen Oetkers lassen nicht ersehen, daß dies erkannt ist. Es hat vielmehr den Anschein, als ob Oetker glaubt, durch den Begriff der Vollmacht die Nichtigkeit des Urteils bestimmen zu können, weil bei Oetker einzelne Tatbestände als selbstverständliche Fälle der Vollmachtlosigkeit und damit der Nichtigkeit angeführt werden[46]).

Die Unterscheidung zwischen Auftrag und Vollmacht beruht insoweit auf einem richtigen Gedanken, als jeder Staatsakt notwendig eine Zurechnungsnorm voraussetzt[47]), wie schon erwähnt wurde. Hier von einer Vollmacht zu sprechen, bedeutet jedoch m. E. schon eine unzulässige Übertragung privatrechtlicher Begriffe in das Recht der Staatsakte[48]). Aber auch dann, wenn man das Vorliegen der Zurechnungsnorm in der Person des Handelnden mit Vollmacht bezeichnen will, ist damit noch keineswegs die Möglichkeit gegeben, mangels ausdrücklicher Bestimmungen im einzelnen Falle festzustellen, ob Vollmacht vorliegt oder nicht. Aus einer rechtswissenschaftlichen Bezeichnung dürfen ja auch keine rechtlichen Folgerungen gezogen werden. Durch die Unterscheidung Auftrag und Vollmacht ist also auch dann, wenn man den Begriff der Vollmacht für anwendbar hält, ebenso wenig wie für die Urteile für die übrigen Staatsakte die Möglichkeit gegeben, den nichtigen Staatsakt zu bestimmen[49]).

---

[42]) In diesem Falle ist m. E. der Staatsakt nichtig, wenn die ihn erlassende Behörde außerhalb der VO. nicht zum Erlasse berufen war. G. Jellinek, Ges. u. Vgg. 395 Abs. 2, bejaht die Bindung des Verordnenden an die VO., solange sie zu Recht besteht.

[43]) Auch die VerwVO. ist auszulegen, vgl. Rosin 30 insbes. Anm. 8.

[44]) BayZfRpfl. Jahrg. 18, 161, von Baligand 222, 241; vgl. auch Binding, Das Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung, Ger. S. 64, 1 ff., insbes. 10 ff.

[45]) Vgl. 161/2.

[46]) Gegen Oetker ähnlich Wurzer 238.

[47]) Mehr besagt auch die Formel Josefs II 22, VI 83 nicht, daß die Handlung innerhalb „der von der Staatsgewalt gezogenen Grenzen" liegen müsse.

[48]) a. A. Friedrichs IV 108, wie hier Wurzer 238, Rönne Bd. III § 254 Anm. 1 406, vgl. auch W. Jellinek IV 261 Abs. 2 (Machtüberschreitung); gegen die Verwendung des Vollmachtsbegriffs auch Josef II 22, jedoch mit unrichtiger Begründung.

[49]) So auch Friedrichs IV 108, Wurzer 239, Friedländer 484, E. v Hippel II 48/9, Hein 321/2. Den Begriff der Vollmacht verwendet allerdings Loening, die Haftung des Staats, Dorpat 1879, 107. Der von Loening aufgestellte Satz: „Jede rechtswidrige Handlung des Beamten ist eine Handlung gegen seine Vollmacht", darf

Ein allgemeines Prinzip gibt auch Krückmann[50]) durch seine Lehre vom Rechtsbesitz nicht. Rechtsbesitz ist nach Krückmann das tatsächliche Haben eines Rechts. Krückmann erkennt an[51]), daß der Besitz einer obrigkeitlichen Gewalt an und für sich kein Recht zu ihrer Ausübung gibt, er will aber doch vermöge der Rechtswirkung dieses Besitzes dem Tatbestande solche an sich nur einem Staatsakte zukommenden Rechtswirkungen zusprechen. Hauptsächlich will Krückmann damit das Eintreten gewisser Rechtswirkungen trotz Anfechtung eines Staatsakts mit Wirkung ex nunc rechtfertigen[52]).

Das Verhältnis der Lehre Krückmanns zur Nichtigkeitslehre ist nun folgendes: Die Lehre Krückmanns hat die Lehre von der Nichtigkeit zur Voraussetzung, weil sie erst da einsetzt, wo die Nichtigkeit schon bejaht worden ist. Sie ist aber für die Lehre von der Nichtigkeit insofern von Bedeutung, als sie dem Tatbestande des nichtigen Staatsakts Rechtswirkungen zuschreibt[53]). Dies könnte nämlich die Lehre von der Nichtigkeit des Staatsakts insofern beeinflussen, als diejenige Nichtigkeitslehre, die die von Krückmann aufgestellte Lehre vom Rechtsbesitz anerkennt, möglicherweise auf Grund der auch trotz der Nichtigkeit eintretenden Rechtswirkungen den Kreis der nichtigen Staatsakte weiterzieht. Wie diese Verbindung der Lehre vom Rechtsbesitz mit der Nichtigkeitslehre die Behandlung der letzteren gestaltet, wird weiter unten[54]) dargelegt. Hier genügt die Feststellung, daß sie nicht als Hauptprinzip in Betracht kommt.

Die bisherigen Ausführungen sind zur Verneinung der angeführten Grundprinzipien gelangt, insoweit sie weitergehend als durch die Normauslegung die Nichtigkeit zu bestimmen suchen. Die weiteren, im Schrifttum aufgestellten, grundlegenden Prinzipien sollen zur Vermeidung von Wiederholungen bei der Darstellung des hier vertretenen grundlegenden Prinzips berücksichtigt werden. Dies soll auch hinsichtlich der häufig vorkommenden, allgemein gehaltenen Bezeichnung der Nichtigkeitsgründe geschehen. Als solche kommen in Betracht: Nichtigkeit tritt nur ein „bei den gröbsten Verstößen gegen das Recht" und beim Fehlen eines „wesentlichen juristischen Elements oder einer nach der Betrachtung des Gesetzes unerläßlichen Voraussetzung"[55]); bei einer so groben und krassen Gesetzesverletzung, daß nicht einmal der Schein eines Urteiles vorliegt[56]); wenn dies „nach den Vorschriften und dem Geiste der StPO." als möglich anzuerkennen ist[57]); wenn ein wesentlicher Verfah-

---

aber wohl nicht so verstanden werden, daß jede Zuwiderhandlung des Staatsorgans gegenüber Rechtsvorschriften gegen die Vollmacht des Beamten verstößt und somit keine Handlung des Staates ist. Denn Loening spricht von einer rechtswidrigen Handlung. Damit meint er aber nicht jede gegen eine Rechtsvorschrift verstoßende Handlung des Staatsorgans, sondern nur die dem Staatsorgan verbotenen Handlungen vgl. 107). Es handelt sich bei Loening um die Frage des Staatsunrechts. Loening erörtert nicht, in welchen Fällen die einer Rechtsvorschrift nicht entsprechende Handlung verboten ist.

[50]) 179 ff, ebenso Friedrichs II 149 u. III Bo. I § 249 vgl. auch W Jellinek I 55.

[51]) 180.

[52]) 511 a. a. O.

[53]) Mit Recht findet es Krückmann (408) insoweit nicht unbedenklich, die Lehre des nichtigen Staatsakts an sich zu behandeln.

[54]) Vgl. § 7 S. 273 Abs. 2.

[55]) So Fleiner 203 bei Anm. 69; vgl. diesen aber auch S. 18 Anm. 28, wonach der Verneinung der Nichtigkeit das Bestreben zugrunde liegt, die Gewaltenteilung zu schützen.

[56]) So Löwe-Rosenberg vor § 151 Nr. 33a Abs. 5, Löffler 505, hiergegen vgl. Wurzer 202, Kriegsmann 484, Merkl I 194/5.

[57]) So RGStr. 40, 273.

rensmangel vorliegt[58]); bei einem derartigen Verfahrensmangel, daß jede Gewähr für eine Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen an den Verwaltungsakt ausgeschlossen ist[59]); entsprechend der Tendenz des Gesetzes[60]); häufig findet sich der Satz, daß grundsätzlich im öffentlichen Recht die Anfechtbarkeit gilt[61]).

Es ist klar, daß die vorgenannten Auffassungen nur gewisse Richtlinien darstellen, die keine genügende Lösung darstellen, offenbar auch nicht geben wollen. An dieser Stelle ist nur noch darzulegen, daß der Ausgangspunkt von Kormann, W. Jellinek und E. v. Hippel in der Tat richtig ist, daß also zur Entdeckung des grundlegenden Prinzips auf die Auslegung der den Staatsakt regelnden Rechts- und Verwaltungsnormen[62]), insbesondere aber auf die Gesetzesauslegung zurückzugehen ist[63]).

Die bisher erwähnten Grundprinzipien gingen mit Recht davon aus, daß eine ausdrückliche Regelung der Nichtigkeit des Staatsakts nur vereinzelt besteht[64]). In § 3 ist aber auch dargelegt, daß die Rechtsform der Nichtigkeit jedem einzelnen Staatsakt eigentümlich ist. Wiederum ergibt sich aus der im folgenden Paragraphen dargelegten Bedeutung des Rechtsmittelwesens, daß eine große Anzahl von Fehlern den Staatsakt nicht nichtig machen. Außerdem sind unstreitig[65]) viele Fehler nicht einmal geeignet, die Vernichtung des Staatsakts herbeizuführen. Da aber auch die Auffassung über die Stellung des Staatsorgans (Organauffassungen) nichts über die Nichtigkeit des Staatsakts besagt, wie in § 6 dargelegt werden soll, so ergibt sich, daß mangels ausdrücklicher Bestimmung nur im Wege der Auslegung der Norm, aus der sich der Fehler des Staatsakts ergibt, die Bedeutung des Fehlers für die Nichtigkeit festzustellen ist[66]). Oben wurde ja auch zur Widerlegung Sievers dargelegt, daß die den Staatsakt regelnde, dem handelnden Organ übergeordnete Norm, dagegen nicht die obrigkeitliche Gewalt als solche die Bedeutung des Fehlers bestimmt. Schließlich ist aber auch der im Folgenden zu berücksichtigende Einwand Sievers gegen die Maßgeblichkeit der Normauslegung nicht begründet.

Sievers hat sich gegen die Betonung der Gesetzesauslegung für die Bedeutung des einzelnen Fehlers durch E. v. Hippel gewandt. Nach seiner Auffassung ist die Gesetzesauslegung nur insoweit anwendbar, als der Richter über die Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsakts zu entscheiden hat, also sehr beschränkt. Es soll[67]) hier mehr ein Problem der „staatlichen Institutionen"

---

[58]) Dersch I 110 bis 15, Fleiner 204.

[59]) Herrnritt I 287 Nr. 2.

[60]) So Beyer II 12.

[61]) So z. B. Wurzer 23, Bettsak 404, Anschütz KartellRundsch. Nr. 24, 485/7, bayer. VGH. vom 1. Mai 1927 JW. 1927, 2249.

[62]) Diese werden meistens nicht erwähnt, so jedoch von Merkl I 200.

[63]) Vgl. RG. JW. 1925, 954 Nr. 24; 1928, 279/80; 1926, 50, RGZ. 91, 347, RAG. 194, LArbeitsGer. Duisburg bei Grauert 85, RFH. 8, 130/40, sächs. OVG. Jahrb. 20, 336, Lehmann bei Grauert 333 Abs. 2, Wurzer 155, Friedrich IV § 65 107, Jèze Bd. I 73 Nr. 1, Hellwig-Oertmann § 305 Nr. 4 Abs. 1, W. Jellinek Veröff. Staatsrechtslehrer H. 5, 215 a. E., Josef I 156, VI 77/8.

[64]) Vgl. z. B. Kormann I 228/9. Inwieweit ausdrückliche Bestimmungen bestehen, wird in § 10 dargelegt und berücksichtigt.

[65]) Vgl. Bühler 334, RGZ. 57, 132, Andersen 67 Abs. 2, Alcindor 53 Anm. 1, sächs. OVG. Jahrb. 20, 336, Josef III 360, E. v. Hippel II 76 ff.

[66]) Auf die Mannigfaltigkeit der Unwirksamkeitsformen beruft sich auch E. v. Hippel II 19/20, 45/6.

[67]) 319 ff., insbes. 322.

als des „materiellen Rechts" vorliegen. Sievers[68]) erklärt aber auch mit Recht, daß gegenüber dem Nichtakt m. a. W., dem nichtigen Staatsakt, ein „autoritatives Prüfungsrecht" nicht Voraussetzung einer wirksamen Überprüfung sei, während er im übrigen die Gewaltenteilung bezw. die Lehre vom Staatshoheitsakt für maßgeblich hält[69]). Die Bekämpfung E. v. Hippels durch Sievers kann sich also nicht auf die Fehlerfolge der Nichtigkeit beziehen. Denn die Gewaltenteilung gilt nur dann, wenn ein Staatsakt wirklich vorliegt und die Bindung an den Staatshoheitsakt setzt voraus, daß ein solcher besteht[70]).

Der Sache nach wird allerdings dann die Gewaltentrennung berührt, wenn die überprüfende Behörde im Gegensatze zur handelnden Behörde Nichtigkeit annimmt, wie dies neuerdings besonders deutlich die entgegengesetzten Beurteilungen der sogenannten Dispensehe in Österreich durch die Verwaltung und die Gerichte gezeigt haben[71]). Dies ist jedoch hier nicht durchschlagend, weil die auch sonst häufig vorkommende Überprüfung von Staatsakten[72]) diesen Gegensatz hervorruft.

Ist demnach auch die Auslegung der den Staatsakt regelnden Norm der Ausgangspunkt für die Bestimmung der Nichtigkeit, so ist aber weiterhin noch zu prüfen, ob nicht aus den Auslegungsregeln ein grundlegendes Prinzip herzuleiten ist, so daß im einzelnen Falle die Auslegung weitgehend erleichtert wird. Nur so wird denn auch der in § 1 aufgestellten Forderung genügt, durch eine gemeinschaftliche Behandlung der gemeinschaftlichen Fragen zu einer gleichmäßigen Berücksichtigung aller Umstände zu gelangen.

In einzelnen Fällen erscheint allerdings die Auslegung schon wegen der Natur der Verhältnisse[73]) als zwingend; so z. B., wenn der Enteignungsbescheid das enteignete Grundstück nicht erkennbar bezeichnet[74]) oder die Fluchtlinienfestsetzung mit der Örtlichkeit nicht übereinstimmt[75]). Selbstverständlich ist die Nichtigkeit jedoch nicht bei tatsächlicher und rechtlicher Unmöglichkeit, wie z. B. Kormann[76]) annimmt. Denn hier sind noch besondere Gesichtspunkte zu berücksichtigen, so z. B. die Stabilitätsinteressen[77]). Hier ist auch zu berücksichtigen, daß im allgemeinen die Behörde auftauchende Zweifel zu entscheiden hat[78]).

Als allgemeines Prinzip würden aber die Wertlagen E. v. Hippels auch dann nicht genügen, wenn E. v. Hippel diese Wertlagen abschließend

---

[68]) 281/2.

[69]) 288 ff. Für die Weitergeltung der Gewaltentrennung, allerdings mit anderer Bedeutung vgl. Layer 126 ff. und E. v. Hippel III 186 Abs 2, ähnlich schon Piloty I 107, für die Staatshoheitsakte vgl. Hatschek § 7.

[70]) Vgl. W. Jellinek IV 17 bei Anm. 31 u. Veröff. Staatsrechtslehrer H. 5, 212 Abs 1, Fleiner 18 Anm. 28, Layer 168 Abs. 2; E. v. Hippel II 79 berücksichtigt dies nicht, weil er die Bedeutung der Nichtigkeit nicht erkannt hat, vgl. hier S. 252 ff.

[71]) Vgl. Layer 172.

[72]) Vgl. E. v. Hippel III 194 Abs. 2, 198 Abs. 2 u. 200 Abs. 2, ferner die S. 251 Anm. 38 angegebenen.

[73]) Aber nicht logisch wie das HambVerwGer. (vgl. Anm. 74) annimmt; deshalb auch bei Unbestimmtheit nicht notwendig Nichtigkeit vgl. z. B. OVG 79, 140 u. 264.

[74]) Hamb. VerwGer. vom 9. Oktober 1922, HansRZ 1923, 629.

[75]) So OVG. 28, 375.

[76]) I 332 Abs. 2, ähnlich W. Jellinek II 224 Abs. 4, Calsen 20/1, HambVerwGer. JW. 1927, 825 Nr. 9, Löwe-Rosenberg vor § 151 Nr. 33a Abs. 5.

[77]) Vgl. hier § 7 u. Wurzer 159 ff.

[78]) Vgl. S. 258 Abs. 3, Friedrichs ebendort in Anm. 3, Wurzer 246/8; W. Jellinek IV, 267 Abs. 1 verwendet den Begriff unmöglich wohl nur zur Bezeichnung, vgl. 266 c, deutlich Veröff. Staatsrechtslehrer H. 5, 212 Abs. 1.

gewürdigt hätte. Dies hat er aber nicht einmal getan; er hat vielmehr diese Wertlagen nur als Beispiele für die Mannigfaltigkeit der möglichen Gesichtspunkte angeführt[79]).

Die Ableitung des Prinzips auf deduktivem Wege stellt aber keine tatsachenfremde Abstraktion dar. Denn in Wirklichkeit ist das Prinzip aus der Behandlung der Nichtigkeit des einzelnen Staatsakts an Hand der einzelnen Gesetze erwachsen[80]). Aber wie so häufig, ist auch hier die Darstellung der Lösung verschieden von ihrem Wege.

§ 5. Die Bedeutung des Rechtsmittelweges für die Bestimmung der Nichtigkeit des Staatsakts.

Aus dem Rechtsmittelwesen hat man für die Nichtigkeit des Staatsakts die verschiedensten Schlüsse gezogen. So hat man aus der gesetzlichen Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen Staatsakte geschlossen, daß eine Nichtigkeit des Staatsakts nicht vorkommen könne. Aber auch bei der Aufstellung dieses Satzes hat man im allgemeinen nicht übersehen[1]), daß mindestens die Begriffsmerkmale des einzelnen Staatsakts vorliegen müssen, damit mangels Anfechtung eine Heilung des Fehlers eintreten kann. Es liegt also meistens nur eine scheinbare, durch die abweichende Ausdrucksweise hervorgerufene Verschiedenheit der Meinungen vor. Dementsprechend erklärt auch Kormann[2]), daß durch die Zulassung von Rechtsmitteln gegen einen Staatsakt wegen eines Verstoßes gegen das Gesetz die Rechtsfolge dieses Verstoßes noch nicht feststehe. Dieser Satz ist jedoch nur mit der Einschränkung richtig, daß diejenigen Fehler, die das Gesetz ausdrücklich als Anfechtungsgründe bezeichnet, die Nichtigkeit des Staatsakts nicht bewirken.

Indem nämlich das Gesetz wegen eines bestimmten Fehlers ein Rechtsmittel zuläßt, bejaht es für diesen Fall das Vorliegen des betreffenden Staatsakts als Voraussetzung des Rechtsmittels[3]). Dies folgt, wie in § 3 dargelegt, aus dem, im allgemeinen vorauszusetzenden einheitlichen Sprachgebrauch desselben Gesetzes. Dieser Sprachgebrauch schließt in gleicher Weise insoweit die Nichtigkeit aus, insoweit, wie z. B. in der AO., aus bestimmten Gründen ein Widerruf zulässig ist[4]). Dementsprechend liegt auch dann ein Urteil vor, wenn die Partei im Rechtsstreit nicht vertreten war. Denn die ZPO. gewährt für diesen Fall der nichtvertretenen Partei ausdrücklich die Rechtsbehelfe der Revision und der Nichtigkeitsklage (§ 551 Z. 5 u. 580 Z. 4), letzteren ohne die fünfjährige Ausschlußfrist (§ 586 Abs. 3). In gleicher Weise begründet die Geisteskrankheit des Richters keine Nichtigkeit des Urteils, wenn in diesem Falle das Gericht im Sinne der §§ 551 Z. 1 u. 579 Z. 1 nicht

---

[79]) II 70 Abs. 3.

[80]) Alcindor 7 verspricht weise Handhabung der Deduktion, während von den Gesetzen und Entscheidungen auszugehen sei. Die deduktive Methode bevorzugt W. Jellinek VI 294/5.

[1]) Vgl. Friedländer 344 u. hierzu Wurzer 197 Anm. 1, Kroschel 143, Kriegsmann 475 in Vbdg. mit 477, Löffler GerSaal 68, 464; a. A. anscheinend Layer 166 Abs. 1.

[2]) 203, „unberechtigt" also E. v. Hippel II 104 Anm. 382.

[3]) Ebenso Kormann 229 Nr. 2, W. Jellinek I 114 ff., IV 270 Abs. 2, Lehmann bei Grauert 333 Abs. 1, Wurzer 36 bis 38, Kelsen II 81, RGZ. 121, 198, RGSt. 40, 272, RG. JW. 1926 50.

[4]) Vgl. Hensel 137 III, Bühler 332/3, E. Becker vor § 73 Nr. 3 Abs. 1, W. Jellinek IV 275 Abs. 2 u. 274 Abs. 4.

vorschriftsmäßig besetzt war, also Revision und Nichtigkeitsklage zulässig sind[5]).

Gelegentlich der Auslegung des § 579 Z. 1 ZPO. erklärt von Baligand, daß erst durch die Feststellung der Urteilsmerkmale der Anwendungsbereich dieser Vorschrift bestimmt werden könne. Soweit von Baligand mit diesen Ausführungen auf die Notwendigkeit einer alle Umstände berücksichtigenden Auslegung hinweisen will, geschieht dies zu Recht. Liegt aber diesen Ausführungen der Gedanke zugrunde, daß der Begriff des Urteils durch Lückenergänzung festzustellen sei, und dann erst die Auslegung der Rechtsmittelvorschriften vorgenommen werden könne, so sind sie nicht zu billigen. Denn eine Lücke ist erst dann gegeben, wenn die Auslegung, also auch die der Reichsmittelbestimmungen, erschöpft ist. Anscheinend[6]) will aber auch von Baligand nur betonen, daß bei der Auslegung des § 579 Z. 1 die Nichtigkeit des Urteils zu berücksichtigen ist. Dies ist aber nicht zu beanstanden.

Eine Verneinung der Nichtigkeit bedeutet jedoch nicht die folgende Vorschrift über die Zulässigkeit eines Rechtsmittels. Gewährt nämlich das Gesetz ein Rechtsmittel wegen jeder Rechtsverletzung, wie etwa die ZPO. für die Revision, so folgt daraus nicht die Verneinung der Nichtigkeit für jede Gesetzesverletzung, weil das Gesetz auch bei dieser Bestimmung das Vorliegen des fraglichen Staatsakts voraussetzt[7]).

Aber auch abgesehen von der Bedeutung der einzelnen, im Gesetze angeführten Anfechtungsgründe folgt aus der Zulässigkeit eines Rechtsmittels, daß das Gesetz im allgemeinen die Anfechtbarkeit und nicht die Nichtigkeit als Fehlerfolge bestimmt hat. Denn das Rechtsmittel ist nicht nur zugunsten des Betroffenen gegeben, sondern auch zugunsten des Staates, weil dessen Handlungen mit formeller Rechtskraft im allgemeinen nicht mehr angefochten werden sollen[8]). Jedenfalls lassen aber auch die besonders angeführten Anfechtungsgründe den Schluß zu, daß die Nichtigkeit nur in Ausnahmefällen eintritt[9]). So ergibt das obige Beispiel aus der ZPO. eine weitgehende Verneinung der Nichtigkeit des Urteils, weil nicht einmal das Nichtvertretensein einer Partei im Rechtsstreit die Nichtigkeit herbeiführt[10]). Dementsprechend wird auch im allgemeinen aus dem Rechtsmittelwesen eine weitgehende Verneinung der Nichtigkeit gefolgert[11]).

---

[5]) Dies nimmt RG. JW. 1928, 821 Nr. 46 für den gleichlautenden, die Revision regelnden § 338 StPO. an.

[6]) 188 zu 1.

[7]) Vgl. Wurzer 20, W. Jellinek I 54.

[8]) Jèze Bd. I 90/1 hält zwar auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist den «voie indirecte» gegenüber dem fehlerhaften Staatsakt für zulässig, weil die Anfechtungsfrist häufig kurz bemessen sei; auszuschließen sei voie indirecte nur, wenn Stabilisierungsinteressen (vgl. die Beisp. bei Jèze Bd. I 95 ff.) dem entgegenständen. Dieser voie indirecte, auch voie d'exception genannt, bedeutet jedoch nicht Nichtigkeit, da Jèze diesen auch bei seiner nullité simple für möglich hält (vgl. Bd. I 80); vielmehr hat dieser nach deutschem Recht die Bedeutung der relativen Nichtigkeit oder des Fehlens der Fernwirkung. Die Nichtigkeit heißt bei Jèze ja inexistence (vgl. oben § 2); vgl. aber auch zu Vorstehendem Sievers 305.

[9]) Vgl. Wurzer 20 u. 25.

[10]) Vgl. Wurzer 20 u. 25.

[11]) So von Friedländer 344, Kormann I 217, Lehmann 210, II 1, Josef III 344/5, I 156, Kelsen II 77 u. 81, Merkl I 196, Bettsak 405, Schultzenstein PrVerwBl. 35, 474, E. v. Hippel II 104 u. Anm. 382 sowie 108 Abs. 1, OVG. 22, 86, Sievers 359/60, Stier-Somlo Festgabe wie bei W. Jellinek III 153, Dersch I 140, RGStr. 40, 272, Hein 339/40, Weyel 50. Herrnritt I 289, Kormann 217, RGStr. 32, 95 Abs. 1, vgl. auch Layer 166 Abs. 1.

Aus dem Rechtsmittelwesen kann jedoch nur insoweit auf eine weitgehende Verneinung der Nichtigkeit geschlossen werden, als gegen den in Frage stehenden Staatsakt ein Rechtsmittel zulässig oder bewußt ausgeschlossen ist, sei es wegen Erschöpfung der Rechtsmittel oder durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung. Ist dagegen im übrigen ein Rechtsmittel nicht zulässig, so liegt zwar der Schluß nahe, daß der Gesetzgeber wie bei den anfechtbaren Staatsakten die Nichtigkeit weitgehend hat ausschließen wollen. Immerhin ist aber doch in allen Fällen zu berücksichtigen, daß hier tatsächlich ein Rechtsmittel nicht gegeben ist[12]).

Das Rechtsmittelwesen ist aber auch für die teilweise Nichtigkeit von Bedeutung, wie insbesondere für die ZPO. klargestellt worden ist. Durch die Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens wird nämlich nicht nur die völlige, sondern auch die teilweise Nichtigkeit weitgehend und jedenfalls insoweit verneint, als der Fehler ein Wiederaufnahmegrund ist. Denn die Wiederaufnahme des Verfahrens ist gerade ein Ersatz für diese Nichtigkeit, wie insbesondere auch die Rechtsgeschichte für die ZPO. und StPO., die ja auch häufig vorbildlich gewesen sind, ergibt[13]). Insoweit sind also die Ausführungen Friedländers[14]) berechtigt, daß dann, wenn die Nichtigkeitsgründe zugleich Anfechtungsgründe seien, die Anfechtbarkeit überflüssig, die Befristung des Rechtsmittels widersinnig sein würde. Ob jedoch die Wiederaufnahmebestimmungen die teilweise Nichtigkeit völlig oder in sonstigem Umfange ausschließen, ist hier nicht zu erörtern[15]).

Die vorstehend dargestellte Bedeutung des Rechtsmittelwesens läßt aber die Meinung, die für den Prozeß im Anschluß an das gemeine Recht insbesondere von Oetker[16]) vertreten wird, und die für das Verwaltungsrecht neuestens von Andersen[17]) vorgetragen wird, daß nämlich bei Offenkundigkeit des Fehlers Nichtigkeit des Staatsakts die Folge sei, von Einzelfällen abgesehen, als unbegründet erscheinen. Denn bei den einzelnen Rechtsmittelgründen unterscheiden unsere Gesetze nicht, ob ein Fehler offenbar ist oder nicht, vgl. z. B. die Vorschriften über die Revision in § 551 ZPO. Daraus folgt aber, daß die offenkundigen Fehler keine Nichtigkeitsgründe sind, wenn sie unter die im Gesetze angeführten Anfechtungsgründe fallen[18]). Das Rechtsmittelwesen ergibt aber auch, daß im allgemeinen die Offenkundigkeit des Fehlers den Staatsakt nicht nichtig macht[19]). Dafür spricht nämlich ebenso wie gegen die Nichtigkeit im allgemeinen, daß die Gesetze besonders schwere

---

[12]) Diese Fälle werden meistens nicht besonders hervorgehoben, so jedoch von Kormann 217 Abs. 4 u. Lehmann bei Grauert 336/7.

[13]) Vgl. Wurzer 18ff.

[14]) 475.

[15]) Kelsen II 87 und Merkl I 196 nehmen stets Heilung des Fehlers mit formeller Rechtskraft an.

[16]) III, 542, ebenso Löffler 505; hier spricht man von einer Verletzung des ius in thesi clarum, vgl. auch Wurzer 203, 250; vgl. auch das RAG. 195 Abs. 1; dieses spricht von äußeren Verfahrensmängeln im Gegensatze zu Mängeln der inneren Willensbildung; letztere sollen die Nichtigkeit nicht begründen. Diese Entscheidung, 199 Abs. 1, betont aber auch die Unerheblichkeit des Umstandes, daß die Nichtigkeit wegen Unzuständigkeit nur sehr schwer festzustellen sei.

[17]) 66; ebenso Hue de Grais-Peters 9.

[18]) So auch Wurzer 203, 250.

[19]) Ebenso Sievers 343, Stein-Jonas zu § 724 I 1, W. Jellinek I 105 unter II, Bettsak 406, RGStr. 19, 323, Rumpelt 294; im Ergebnis auch OVG. PrVerwBl. 28, 823. In einem einzelnen Falle nimmt der RFH., 12, 205/6, wegen der Offenbarkeit des Fehlers Unanfechtbarkeit des Staatsakts an.

Fehler als Anfechtungsgründe anführen und daß mit formeller Rechtskraft der Staatsakt grundsätzlich nicht mehr angegriffen werden soll. Auch schließt das Gesetz häufig[20]) ausdrücklich für die Offenbarkeit des Fehlers, nämlich für die „offenbaren Unrichtigkeiten" die Nichtigkeit aus, indem es jederzeitige Berichtigung derselben zuläßt. Demgegenüber schlägt der Grund[21]), daß bei Offenkundigkeit[22]) des Fehlers eine Rechtsvermutung der Fehlerlosigkeit nicht mehr bestehe, und demnach der innere Grund für die Verneinung der Nichtigkeit fortfalle, nicht durch. Dabei wird noch außer Acht gelassen, daß die abgelehnte Auffassung mit der Rechtssicherheit nur schwer zu vereinbaren ist[23]).

§ 6. Die Bedeutung der einzelnen Auffassungen über die Stellung des Staatsorgans für die Nichtigkeitslehre.

Obgleich die organische und die anorganische Staatstheorie, Gierke[1]) und G. Jellinek[2]) die Staatshandlungen als Handlungen des Staates selbst auffassen, so daß rechtlich eine Handlung des Organträgers nicht vorliegen soll, so verkennen aber auch diese Auffassungen nicht, daß tatsächlich die Handlung einer physischen Person oder die mehrerer physischer Personen vorliegen[3]). Auch die übrigen Organauffassungen wollen nur darlegen, auf welche Weise die rechtliche Zurechnung des physischen Willens als Willen der Verbandsperson erfolgt[4]).

Alle Organauffassungen stimmen aber auch darin überein, daß nur der Wille derjenigen physischen Person dem Staate zugerechnet wird, der im Rahmen der bestehenden Vorschriften gebildet ist, während der diesen Rahmen überschreitende Wille der physischen Person als Verbandswille nicht mehr aufgefaßt wird[5]). Demnach ist allen Organauffassungen gemeinsam, daß in erster Linie jedenfalls aus dem Fehlen oder der Mangelhaftigkeit der Handlung einer physischen Person oder infolge des Fehlens oder der Besonderheit der Vorschrift, die das Handeln der physischen Person dem Staate zuschreibt, eine Nichtigkeit der Staatshandlung zu folgern ist.

---

[20]) So § 319 ZPO., § 1673 RVO., § 265 AngVersGes., § 74 Abs. 3 AO. Im übrigen vgl. Landeswasseramt PrVerwBl. 38, 550, OVG. 55, 490; 59, 466; RGStr. 28, 81.

[21]) Vgl. Andersen 66/7, Hatschek 95, Fleiner 199, Alcindor 18, Goldschmidt 16. Andersens Berufung auf W. Jellinek II 208 schlägt nicht durch, weil es gegen Verordnungen in Deutschland im allgemeinen kein Rechtsmittel gibt, vgl. W. Jellinek IV 255 Abs. 3. Gegenüber Goldschmidt ist aber auch zu betonen, daß in diesen Fällen eine Zuständigkeitsanmaßung nicht notwendig vorliegt (vgl. auch Alcindor 23, RG. JW. 1926, 50 a. E.).

[22]) Über deren Begrenzung vgl. Goldschmidt 16, Hue de Grais-Peters 9, Andersen 67. Hierhin dürften auch die Verfügungen W. Jellineks IV 255 Abs. 3 gehören, die durch keinen, wie immer gearteten Tatbestand gedeckt werden können, ähnlich Hein 327.

[23]) Nach Andersen 140/1 liegt sogar Nichtigkeit wegen Formmangel nur dann vor, wenn die Form „gar nicht" gewahrt.

[1]) Vgl. Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887, 624 u. 603.

[2]) Vgl. Allgem. Staatslehre 1905, 646 u. 163.

[3]) Dies betont besonders Preuß in Organpersönlichkeit 130, im übrigen vgl. Kelsen I 450ff., insbes. 464, Meyer-Anschütz § 5 Anm. 4, Hänel, Deutsches Staatsrecht 1892, 84, Bernatzik ArchÖffR. 5, 205 betont: „Denken, Wollen, Fühlen, Handeln kann nur der Mensch."

[4]) Vgl. für die Stellvertretungslehre: Schloßmann JheringsJ. 44, 339ff., insbes. 321, 324; Bierling, Jur. Prinzipienlehre Bd. I, 220 sowie die reine Zurechnungslehre Kelsens I, 693 insbes. 697.

[5]) Vgl. die Angeführten a. a. O.

Zur Bestimmung der Nichtigkeit trägt aber auch der Grundgedanke der Organauffassungen nicht bei. Es ist nämlich unerheblich, ob die Handlung der physischen Person auch tatsächlich, so nach der organischen, oder denknotwendig, so nach der anorganischen Staatsauffassung, oder aber nur durch die Zurechnungsvorschrift, so nach der Auffassung der Organschaft als einer Stellvertretung oder der Auffassung Kelsens, eine Handlung des Staates ist. Denn die organische und die anorganische Organauffassung betonen nur, daß die Zurechnungsvorschrift ein entsprechendes Substrat in der Natur der Tatsachen habe oder einen Gegenstand des Denkens bilde; sie legen diesem tatsächlichen Substrat und diesem Gegenstande des Denkens jedoch keine selbständige Bedeutung gegenüber den Zurechnungsvorschriften bei. Infolgedessen kann auch nach diesen Auffassungen von der Zurechnungsvorschrift nicht so abgesehen werden, daß wegen des Vorhandenseins des tatsächlichen Substrats oder des Gegenstandes des Denkens die Nichtigkeit verneint wird[6]). Aber auch im übrigen ist nicht zu ersehen, wie die Annahme eines tatsächlichen Substrats oder eines Gegenstandes des Denkens die Nichtigkeit des Staatsakts beeinflussen kann. Was weiterhin die Stellvertretungslehre angeht, so ist oben schon dargelegt worden, daß der Begriff der Vollmacht nichts über die Nichtigkeit des Staatsakts besagt. Schließlich fordern aber auch die genannten Organauffassungen ebenso wie die Lehre Kelsens eine Zurechnungsvorschrift, damit ein Staatsakt vorliegen kann.

Gemäß den Ausführungen dieses Paragraphen ist also, wie in § 4 schon berücksichtigt wurde, die rechtliche Auffassung der Organschaft für die Behandlung unserer Aufgabe ohne Bedeutung, so daß im folgenden Paragraphen zur Bestimmung des Grundprinzips übergegangen werden kann.

§ 7. Allgemeine aus der gesamten Rechtsordnung hergeleitete Anforderungen (Postulate) an die Begriffsbestimmung des Staatsakts.

Führt ein Fehler die Nichtigkeit des Staatsakts nicht herbei, so wird dadurch die Zahl der Merkmale des Staatsaktsbegriffs geringer, der Umfang des Begriffs also größer; umgekehrt bedeutet die Anerkennung eines Fehlers als Nichtigkeitsgrund eine Einengung des dem einzelnen Staatsaktsbegriff zukommenden Umfanges.

Der Umfang des Begriffs des einzelnen Staatsakts ist aber von wesentlicher Bedeutung für die Rechtssicherheit. Denn je größer der Umfang dieses Staatsaktsbegriffs ist, destomehr als einzelne Staatsakte erscheinende Tatbestände fallen unter diesen Begriff. Je geringer aber die Anzahl der nur dem Anscheine nach als Staatsakte auftretenden Tatbestände ist, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, daß einem als Staatsakt erscheinenden Tatbestande die Rechtswirkung eines Staatsakts auch wirklich zukommt. Dies erleichtert wiederum die Voraussage der behördlichen Entscheidung, die die Beurteilung

---

[6]) Es kann dies ernstlich nur für die organische Staatsauffassung in Betracht kommen. Ausdrücklich erklärt jedoch Gierke a. a. O. 632, daß der Gesamtperson eine Lebenssphäre im Rechtssinne eigen ist, deren Feststellung einen integrierenden Bestandteil jeder gemeinheitlichen Verfassung bilde. Hieraus ergebe sich die dem Sozialrecht eigentümliche Begrenzung der rechtlichen Willens- und Handlungsfähigkeit durch einen verfassungsmäßig abgesteckten Lebensbereich. Sodann S. 634: „Zugleich aber erscheint alles aus dem organischen Zusammenhange eines sozialen Körpers hervorquellende Wollen und Handeln nur insoweit als körperschaftliches Wollen und Handeln im Rechtssinne, als es jener verfassungsmäßigen Regelung entspricht." Vgl. auch G. Jellinek a. a. O. 546.

dieses Tatbestandes zum Gegenstande hat. Es ist demnach berechtigt, im Interesse der Rechtssicherheit[1]) die Einengung des einzelnen Staatsaktsbegriffs zu fordern[2]).

Ebenso wie die Rechtssicherheit fordern die Staatsautorität[3]) und eine wohlgeordnete Justiz und Verwaltung[4]), daß der einzelne Staatsaktsbegriff nur wenige Merkmale hat. Letzteres hat nämlich eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der sich als Staatsakte ausgebenden Erscheinungen zur Folge; dies gereicht wiederum dem wirklich bestehenden Staatsakt zum Vorteil; denn dann werden seiner Durchführung keine Schwierigkeiten bereitet. Jedermann wird sich dem Staatsakt unterwerfen, und jedes Staatsorgan wird unverzüglich zur Ausführung des Staatsakts schreiten.

Der vorstehend geforderten Aufstellung nur weniger Begriffsmerkmale[5]) des einzelnen Staatsakts steht aber entgegen, daß jedes Merkmal deshalb, weil es der Regelung der Staatstätigkeit entnommen ist, eine Sicherung zur Durchführung dieser Regelung, insbesondere also von Rechtsnormen ist. Die Durchführung dieser Rechtsnormen wird allerdings dadurch erheblich gesichert, daß die Behörden in weitem Umfange geeignet und bestrebt sind, den Idealstaatsakt zu erreichen. Dafür sorgen wiederum die Dienstzuchtbestimmungen, die Aufsichtsbeschwerde und die Haftung des Staates für seine Beamten auf Schadensersatz[6]). Die wesentlichste Sicherung gewährt aber das Rechtsmittelwesen einschließlich der Wiederaufnahme des Verfahrens. Letztere zeigt aber auch, daß grundsätzlich mit der formellen Rechtskraft die Fehler des Staatsakts heilen. Aber gerade diese für die ZPO. und abgesehen von der Nichtigkeitsklage auch für die StPO. geltende Regelung zeigt schon die Bedenklichkeit der von Sievers vertretenen Auffassung, daß auch für die Verwaltungsakte der enge Nichtigkeitsbegriff, der für die Urteile besteht, gelten soll.

Sievers[7]) verweist auf die von Stein-Jonas[8]) für die Urteile nach der ZPO. vertretene Auffassung, wonach ein Urteil lediglich eine in

---

[1]) Rechtssicherheit ist „ein vieldeutiges Wort"; die hier ihm gegebene Bedeutung kommt ihm aber jedenfalls zu, vgl. Heck 82, Stier-Somlo DJZ. 1928, 699 III. Das Wort gerichtlich bei Heck ist hier sinngemäß durch behördlich ersetzt (vgl. am Ende dieses Paragraphen S. 274 Anm. 37).

[2]) Ebenso Anschütz JW. 1927, 428 Abs. 2 a. E., Wurzer 23 a. E., 120, 167, 266, 20, Beyer II 11, Weyel 51, Neuhäuser 32, Bettsak 405, Fleischmann bei Brie 127, Kern 143, Josef I 157, VI 84, Schlegelberger 81, Laun, Veröff. Staatsrechtslehrer H. 5, 218, Pappenheim 20, § 65 Einl. z. pr. AGO. u. Entw. z. ZPO., Motive 378, 382, 384/5, RG. 81, 206, sächs. OVG. Jahrb. 20, 336, Triepel Arch. ÖffR. 28, 237, Herrnritt I 290 v. IV, OVG. 22, 385/6, Lehmann bei Grauert 322 a. E.

[3]) Ebenso Beyer I u. II 11, Kleinfeller, Lehrb. 225, Stein-Jonas vor § 578 I 3 u. zu § 322 II 4, Piloty II 399, Calsen 20, Lehmann 207 und bei Grauert 332 a. E., RAG. 198 Abs. 2, 199; ähnlich Alcindor 51 Nr. 1 durch seine Betonung eines gewissen der Behörde zukommenden „prestige" und „prérogative", sowie ihre tatsächliche Macht.

[4]) Ebenso Alcindor 51/53, W. Jellinek I 104, Andersen 64, 200, 202, Wurzer 112, Weyel 51, Schlegelberger 81, Pappenheim 1ff. (Gründe der politischen Vernunft), Tezner II 38, 420/1.

[5]) Staatsautorität und wohlgeordnete Justiz und Verwaltung sprechen auch gegen die alltäglich vorkommende Nichtigkeit wegen eines bestimmten Fehlers. Es ist deshalb richtig, wenn W. Jellinek, Veröff. Staatsrechtslehrer H. 5, 215, die Tatsache, daß der bekannte Ehedispens in Österreich etwa 50000 mal gewährt worden ist, gegen die Nichtigkeit desselben heranzieht. Die Tatsache der jahrelangen unrichtigen Gesetzesanwendung allein genügt jedoch nicht (vgl. Deneke bei Grauert 223).

[6]) Vgl. Alcindor 51 u. 1, 54.

[7]) 359—61.

[8]) Vor § 578 I 1.

einem Rechtsstreit in bestimmter Form von einem gerichtsverfassungsmäßig anerkannten Gericht erlassene Entscheidung erfordert. Aber auch Stein-Jonas[9]) nimmt unheilbare Fehler des Urteils an, indem er z. B. bei Unmöglichkeit dem Urteil die materielle Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit abspricht. Nun liegt aber insoweit die Verneinung eines Urteils für die ZPO. wie für die StPO. näher, als gerade ZPO. und StP diese Rechtsform der teilweisen Nichtigkeit beseitigen wollten[10]). Die Rechtsform der teilweisen Nichtigkeit wäre demgegenüber nur dadurch zu rechtfertigen, daß doch auch die völlige Nichtigkeit die Verneinung der erstrebten materiellen Rechtskraft bedeutet. Schon für die ZPO. und StPO. ist also diese Frage ohne näheres Eingehen auf die Bedeutung dieser Rechtsformen nicht zu lösen.

Sievers Hinweis auf die ZPO. ist aber auch ohne nähere Berücksichtigung der einzelnen Umstände um so weniger beweiskräftig, als gerade im Verwaltungsrecht eine Wiederaufnahme des Verfahrens fast nur für das Verwaltungsstreitverfahren besteht[11]). Allerdings mag das nicht so formstrenge und nicht so sehr Parteirechte schaffende Verwaltungsverfahren sich mit einem einfachen Widerruf begnügen. Aber auch die Zulässigkeit des Widerrufs hat ihre Grenzen[12]). Sodann hat aber auch W. Jellinek[13]) gezeigt, daß das Urteil nicht immer dem Staatsakt zum Vorbild dient. Schließlich berücksichtigt Sievers auch nicht, daß häufig im Verwaltungsrecht ein Rechtsmittel nicht gegeben ist, so daß die Verwirklichung der Rechtsnorm nur wenig gesichert ist. Hierauf insbesondere hat ja W. Jellinek neuestens[14]) die Nichtigkeit des Verwaltungsakts gestützt, der ohne die erforderliche Einwilligung des Betroffenen ergeht. Mit dem Hinweis auf die ZPO. ist dies jedenfalls nicht zu verneinen[15]). Vielmehr ist die schematische Gleichsetzung von Urteil und Verwaltungsakt abzulehnen[16]).

Gerade die Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens zeigt also, daß bei der Merkmalsbestimmung des Staatsakts die Durchführung der Rechtsnorm nicht außer Acht gelassen werden darf, m. a. W., daß das Postulat der Normgemäßheit gilt[17]).

---

[9]) Vor § 578 I 2 c, zutreffender allerdings die bei Wurzer 206 ff. Angegebenen. „Der Begriff der Willenserklärung" kann doch nicht die Frage entscheiden, vgl. noch Löwe-Rosenberg vor § 151 Nr. 33a Abs. 5, auch Wurzer 160/1.

[10]) Deshalb behandelt auch Wurzer das Nichturteil an erster Stelle.

[11]) So jedoch nach dem österr. VerwVerfGes. vgl. § 10.

[12]) Vgl. W. Jellinek IV 271 ff., Merkl II 116 für das österr. VerwVerfGes. von 1925.

[13]) III 99 ff.

[14]) Vgl. hier § 9.

[15]) Sievers 330 hat sogar die Auffassung W. Jellineks gebilligt, weil dies ein „äußerer Mangel" sei; vgl. hierzu § 9.

[16]) So auch O. Mayer Bd. I 93, ähnlich Hellwig-Oertmann 259 Nr. 4 Abs. 1. Das bedeutet noch keine Gleichstellung von Verwaltungsakt und privatrechtl. Rechtsgeschäft; deshalb sieht Sievers 314 zu Unrecht Andersen und E. v. Hippel als von Kelsen beeinflußt an; vgl. auch L. Richter, Veröff. Staatsrechtslehrer H. 5, 203. Im Gegensatze zur ZPO. nehmen z. B. OVG. 22, 86 und sächs. OVGJahrb. 31, 167; 20, 236 mangels Zuständigkeit Nichtigkeit an; vgl. für die ZPO. Stein-Jonas vor § 578 I 3 Abs. 2. Wie hier Dersch I 142—44, II 208, Herrnritt I 277 Anm. 17.

[17]) So auch Andersen 63, Jèze Bd. I 69, vgl. noch 90/1, Piloty II 399, Dersch I 142, Josef VI 80 Abs. 1, II 22/3, Kelsen 77 u. 81, Anschütz JW. 1927, 428 r, Fleiner 204, E. v. Hippel II 104 ff., 106, 127, III 193/4 Abs. 2, Herrnritt I 284 Anm. 7, 287, RAG. 198 Abs. 2, 199, Lehmann bei Grauert 339/40, Nipperdey und Hueck ebendort 257 Abs. 1 u. 287/8; Kormann kennt in weitgehendem Umfange Inhaltsnichtigkeit, vgl. I § 22 u. § 28, W. Jellinek III 111 fordert genügenden Rechtsschutz, vgl. hierzu § 9; Nichtigkeit wegen Inhaltsmängel erkennen an: Tezner

Die Berechtigung der Postulate der Rechtssicherheit und der Rechtsgemäßheit ergibt sich ohne weiteres daraus, daß bei der Bestimmung der Nichtigkeit des Staatsakts die Regeln der Gesetzesauslegung anzuwenden sind. Die Rechtssicherheit in dem hier gebrauchten Sinne ist nämlich bei jeder Gesetzesauslegung zu berücksichtigen. Das Postulat der Rechtsgemäßheit bedeutet aber nichts anderes als die Erforschung der wirklichen Bedeutung, die eine als Anforderung an den Staatsakt erscheinende Rechtsnorm hat. Die Maßgeblichkeit der Auslegung der nicht beachteten Verwaltungsnorm ist weiterhin S. 259 dargelegt. Es bedarf aber auch keines Beweises, daß die Postulate der Staatsautorität und einer wohlgeordneten Justiz und Verwaltung gemäß unserer Rechtsordnung gelten. Die von Kelsen vertretene Einheit des Rechts ist ja mit dem oben anerkannten Unterschiede zwischen dem öffentlichen und privaten Recht verneint worden.

Im Gegensatze zu den bisher genannten Postulaten bedürfen die im Folgenden noch berücksichtigten Postulate, daß nämlich der gutgläubige Dritte und die Willensfreiheit des handelnden Staatsorgans zu schützen sind, des Nachweises ihrer Anerkennung im geltenden Recht[18]). Das erstgenannte Postulat wird aber auch dann vom Recht anerkannt, wenn einzelne Bestimmungen nur ihrem Grundgedanken gemäß den guten Glauben des Dritten berücksichtigen, ohne darauf abzustellen, ob tatsächlich der Dritte den Fehler kannte oder kennen konnte. Als Dritter wird hier im Gegensatze zu Jèze[19]) sowohl der unmittelbar vom Staatsakt Betroffene, als auch jeder andere an den Staatsakt Interessierte bezeichnet.

Der gutgläubige Dritte ist nun noch nicht dadurch geschützt, daß die Nichtigkeit des Staatsakts verneint wird. Denn die Anfechtbarkeit und der Widerruf können mit Wirkung ex tunc insoweit dieselbe Rechtswirkung herbeiführen. Aber insofern ist die Nichtigkeit doch die Verneinung des dem gutgläubigen Dritten zukommenden Schutzes, als bei Bejahung der Nichtigkeit die Frage nach der Rückwirkung der Anfechtung nicht mehr entstehen kann. Umgekehrt kann der gutgläubige Dritte auf die Nichtigkeit des Staatsakts wegen des unterlaufenden Fehlers vertraut haben.

Der Schutz des gutgläubigen Dritten wird allerdings schon insoweit durch das Postulat der Rechtssicherheit berücksichtigt, als die von dieser geforderte Voraussehbarkeit der behördlichen Entscheidung dem Dritten die Beurteilung der Rechtslage ermöglicht[20]). Insbesondere auch mit Rücksicht auf die Vieldeutigkeit des Wortes Rechtssicherheit erscheint es jedoch zweckmäßig, für die Nichtigkeitslehre den Schutz des gutgläubigen Dritten besonders zu betonen, zumal dadurch eine hinreichende Berücksichtigung der Interessen des Einzelnen besser gewährleistet ist.

Hatschek[21]) weist auf den von Wellsbacher[22]) aufgestellten, dem bürgerlichen Recht zugrundeliegenden Satz hin: „Wer im Vertrauen auf einen

---

II 420, Hue de Grais-Peters 9, Herrnritt I 287 Nr. 3 u. 290 vor IV. Nach Alcindor, 17 u. 49, ist logisch und streng genommen gemäß der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung Nichtigkeit die Fehlerfolge. Dies sei im absoluten Staate nicht der Fall gewesen, hier seien die Anforderungen an den Staatsakt lediglich Regeln für eine gute Verwaltung gewesen (59/60).

[18]) Vgl. E. v. Hippel II 70 Abs. 1. Hinsichtlich dessen Angriff gegen Jèze aber auch diesen 73 ff., wo Jèze die Berücksichtigung des Gesetzes verlangt.

[19]) Bd. I 69.

[20]) Vgl. Jakobi JW. 1929, 1277.

[21]) § 16 I vor 1.

[22]) Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht 1906, 115.

äußeren Tatbestand rechtsgeschäftlich handelt, der zufolge Gesetzes oder Verkehrsauffassung die Erscheinungsform eines bestimmten Rechtes, Rechtsverhältnisses oder eines anderen rechtlich relevanten Momentes bildet, ist in seinem Vertrauen geschützt, wenn jener Tatbestand mit Zutun desjenigen zustande gekommen ist, dem der Vertrauensschutz zum Nachteile gereicht." Hatschek hält die Übertragung dieses Grundsatzes auf das öffentliche Recht deshalb für richtig, weil zunächst kein Grund dafür spreche, daß er im öffentlichen Rechte nicht gelten solle. Für das österr. Verwaltungsrecht entnimmt Tezner[23]) der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes den Satz, daß fehlerhafte Verwaltungsakte aufrecht zu erhalten oder formell richtig zu stellen seien, wenn sie in dem Zeitpunkte, in dem ihre Fehlerhaftigkeit zur Erörterung gelange, dem Gesetze gemäß ergehen könnten. Tezner will hier den Formalismus, der die Nichtigkeit verlange, zugunsten der Zweckmäßigkeit zurückstellen, weil insoweit die treu- und gutgläubige Partei zu schützen sei.

Gegenüber Hatschek ist auf folgendes hinzuweisen. Wenn auch das Privatrecht das Vertrauen des Einzelnen, insbesondere auch auf die Richtigkeit der behördlichen Äußerung, schützt, so z. B. im Registerrecht, so bedarf es aber doch noch des Nachweises, daß dieser Vertrauensschutz auch im öffentlichen Recht vorkommt. Da aber auch, soweit ersichtlich, eine zusammenhängende Bearbeitung der den Schutz des gutgläubigen Dritten betreffenden Vorschriften des öffentlichen Rechts fehlt, seien hier einige Bestimmungen angeführt, die, ohne den Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben, dartun sollen, daß auch das öffentliche Recht den gutgläubigen Dritten häufig schützt.

Nach § 4 des Lichtspielgesetzes vom 12. Mai 1920 kann die Zulassung eines Bildstreifens nur widerrufen werden, wenn die Voraussetzungen der Versagung nach der Zulassung hervortreten. War also die Prüfung sachlich unrichtig, so wird der Besitzer des Bildstreifens geschützt. Er darf auf die Gründlichkeit der Prüfung vertrauen. Nach § 1319 BGB. gilt auch derjenige als Standesbeamter i. S. des § 1317, „der, ohne Standesbeamter zu sein, das Amt eines Standesbeamten öffentlich ausübt, es sei denn, daß die Verlobten den Mangel der amtlichen Befugnis bei der Eheschließung kennen[24]"). Der Einzelne darf aber auch darauf vertrauen, daß die Straßen- oder Baufluchtlinie Gebäulichkeiten nicht trifft; er wird in diesem Vertrauen dadurch geschützt, daß er die baufluchtwidrigen Anlagen nur beseitigen muß, wenn ihm hierfür eine Entschädigung angeboten wird. Das gleiche gilt unter bestimmten Umständen für Bauplätze[25]). Wenn weiterhin sowohl der preußische Staat wie das Reich die Haftung für die Amtspflichtverletzung ihrer Beamten übernehmen[26]), so rechtfertigen sie damit auch das Vertrauen des einzelnen in die Pflichtmäßigkeit der Handlung des Beamten, insbesondere verlangen sie die Einlegung eines Rechtsmittels gegen die pflichtwidrige Handlung nur dann, wenn es die im Verkehr erforderliche Sorgfalt erfordert[27]).

Das Reichsrecht hat in letzter Zeit den hier in Betracht kommenden Grundsatz trotz seiner starken geldlichen Bedürfnisse für das Steuerrecht an-

---

[23]) I 301/2.

[24]) Vgl. W. Jellinek IV 264 Abs. 1.

[25]) Vgl. § 13 Z. 2 u. 3 des pr. Ges. betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländl. Ortschaften vom 2. Juli 1875 mit den Änderungen des Wohnungsges. vom 28. März 1918.

[26]) Vgl. das pr. Ges. vom 1. Aug. 1909 (14. Mai 1914) und das Reichsgesetz vom 22. Mai 1910.

[27]) § 839 Abs. 3 in Verbindg. mit § 276 BGB.

erkannt. Die AO. läßt nämlich[28]) die Zurücknahme der Verfügungen, die den Einzelnen begünstigen, nur unter bestimmten, im öffentlichen Interesse unbedingt notwendigen Voraussetzungen zu (§ 78), wie auch Verfügungen, die Ungehorsamsfolgen festsetzen, nur zugunsten des Betroffenen zurückgenommen oder geändert werden dürfen (§ 77). In noch weiterem Umfange als § 78 AO. schützt neuestens § 143 der thür. LVO. vom 10. Juni 1926 den gutgläubigen Dritten gegenüber dem Widerruf von den Einzelnen begünstigenden Verwaltungsverfügungen. Ebenso geht dieses Gesetz weiter als die AO., indem es ganz allgemein den Widerruf zuungunsten des Einzelnen weitgehend einschränkt[29]). Ähnliche Beispiele wie die angeführten kommen häufig vor. Die angeführten Beispiele genügen aber, um darzutun, daß der Schutz des gutgläubigen Dritten der Natur des öffentlichen Rechts nicht widerspricht, also hier wie im BGB. der Schutz des gutgläubigen Dritten zu berücksichtigen[30]) ist.

Da somit der Schutz des gutgläubigen Dritten bei der Bestimmung der Nichtigkeit des Staatsakts berücksichtigt wird, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der von Krückmann, wie oben erwähnt, für das öffentliche Recht aufgestellten Lehre vom Rechtsbesitz. Da aber auch die Lehre vom Rechtsbesitz sich nicht auf eine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung zu berufen vermag, sie sich vielmehr allein auf die Notwendigkeit beruft, daß der gutgläubige Dritte zu schützen ist, so hängt die Berechtigung der Lehre vom Rechtsbesitz von dem Nachweise ab, daß die Nichtigkeitslehre dies nicht genügend tut. Die Nichtigkeitslehre ist also unabhängig von der Rechtsbesitzlehre. Möglicherweise ergibt aber auch die Nichtigkeitslehre, die den Schutz des gutgläubigen Dritten berücksichtigt, daß für die Lehre vom Rechtsbesitz kein Raum mehr ist.

Was schließlich das Postulat der Willensfreiheit des handelnden Staatsorgans angeht, so ist zunächst ein Einwand E. v. Hippels zu berücksichtigen[31]). Dieser hält es nämlich für höchst befremdlich, daß der Rechtserfolgswille dem Staatsakt eigen sei. E. v. Hippel beruft sich darauf, daß die Berücksichtigung des Rechtserfolgswillens im Privatrecht, die Privatautonomie, geradeswegs auf die Idee des freien Individuums und deren philosophische Verfechter, z. B. Kant und Hegel, zurückzuführen sei.

Rechtserfolgswille und Willensfreiheit des handelnden Staatsorgans gehören allerdings nicht notwendig zusammen. Denn auch dann, wenn der Wille des Staatsorgans den gewollten Rechtserfolg nicht notwendig zu umfassen braucht, wie hier in § 1 angenommen wurde, kann doch der freie Wille des Staatsorgans vom Gesetze vorausgesetzt werden. Jedenfalls ist aber auch durch den Ursprung der Privatautonomie, ihre Zurückführung auf den Gedanken des freien Individuums, noch nicht dargetan, daß das Postulat der Willensfreiheit für das Recht der Staatsakte nicht gilt. Auch im Gebiete des öffentlichen Rechts wird es aber immer wieder zu erstreben sein, daß der Staatsakt nicht nur normgemäß oder objektiv zweckmäßig ist, sondern auch,

---

[28]) Vgl. Bühler 333.

[29]) Hierzu wie auch im übrigen vgl. W. Jellinek IV 277.

[30]) So auch hinsichtlich der Nichtigkeit Jakobi 1277, RGStr. 37, 112, Friedrichs V 276, Lehmann 207, Jèze Bd. I 444, E. v. Hippel II 71 Abs. 1 u. 2, Bettsak 422, Neuhäuser 31, Josef III 330 unter Berufung auf die Motive zum RFGG. S. 84, Andersen 188/9 u. 108 nicht unbedingt ablehnend, S. 110 ihn voraussetzend, aber auch S. 200 grundsätzlich verneinend, Reichsversorgungsgericht vom 1. Okt. 1927 JW. 1928, 132, Hue de Grais-Peters 8: im übrigen vgl. RG. 96, 304; OVG. 22, 385/6; 7, 255; 30, 111; 79, 418, Kormann 343 Abs. 1, Dersch I 109/10, Lassaly 158.

[31]) II 34.

daß das zuständige Staatsorgan freien Willens, d. h. unbeeinflußt durch außergewöhnliche, verwerfliche Beweggründe, die Entscheidung trifft. Denn bei der Zweifelhaftigkeit aller die Zweckmäßigkeit betreffenden Maßstäbe[32]) ist auch für das öffentliche Recht die Willensfreiheit des Staatsorgans zu betonen[33]). Mit Recht weist auch Neuhäuser[34]) die Auffassung zurück, daß der Verwaltungswille weit über dem menschlichen Willen erhaben sei. Das geltende Recht hat aber schließlich dieses Postulat anerkannt und damit seine Berücksichtigung bei der Normauslegung gefordert.

Das StGB. kennt nämlich eine besondere Strafdrohung für denjenigen, der es unternimmt, durch Gewalt oder Drohung eine Behörde oder einen Beamten zur Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung zu nötigen (§ 114). Diese Strafdrohung verbietet aber auch die Beeinträchtigung der Willensfreiheit[35]) des Staatsorgans. Hier handelt es sich nicht darum, lediglich den Täter wegen seiner Strafwürdigkeit zu strafen, sondern die Willensfreiheit des Staatsorgans erscheint dem Recht als ein hohes Gut, das sie durch die Strafdrohung schützt. Gegenüber dieser Bestimmung kann man nicht, wie etwa gegen die Heranziehung des § 78 AO. und der entsprechenden Bestimmungen, einwenden, daß das Recht lediglich dem Übeltäter keine Vorteile zukommen lassen wolle, wenn es ausnahmsweise die Zurücknahme des von dem Täter erwirkten, ihn oder andere begünstigenden Staatsakts gestattet. Im Hinblick auf § 114 StGB. wird man aber auch in § 78 AO. eine rechtliche Anerkennung der Willensfreiheit des handelnden Staatsorgans finden. Dementsprechend nimmt man auch allgemein[36]) an, daß Willensmängel grundsätzlich die Wirksamkeit der Staatsakte beeinflussen, wenn auch der Umfang und die Art der Fehlerfolge streitig ist.

Die genannten Postulate sind jedoch nicht allein zu berücksichtigen. Denn die Gesetzesauslegung, die ja nach den Ausführungen des § 4 maßgeblich ist, verlangt die Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere dann, wenn sie unter Berücksichtigung aller rechtlich anerkannten Interessen zu erfolgen hat[37]).

Jedenfalls kann sich eine gute Nichtigkeitslehre nicht damit begnügen,

---

[32]) Dafür, daß auch ein objektiver Maßstab für das Recht schwer zu finden ist, vgl. C. Schmitt insbes. 63.

[33]) Ebenso Andersen 177 Abs. 1, Scherbel 55/6, Neuhäuser 31 und Nelken 311 a. E.

[34]) a. a. O.

[35]) Vgl. Frank zu § 114 Nr. 1.

[36]) So Vogels 247 ff., Plein 101, Neuhäuser 15, Kern 142/3, Kann JW. 1920, 351, Scherbel 67a/68, Fleiner 203 u. 207, Andersen 291, 178, Anschütz 584, auch Tezner I 302 erkennt die Willensfreiheit für das österr. Recht „formal-juristisch" als berechtigt an, nicht ablehnend E. v. Hippel II 78 Abs. 3 u. 79. Im Verwaltungsrecht ist aber auch die Zulässigkeit des Widerrufs wegen Erwirkung des Verw.-Akts durch unlautere Mittel, z. B. arglistige Täuschung, allgemein anerkannt, vgl. Schön wie bei W. Jellinek III 119/20; hierzu vgl. noch Josef Mayer 215, Martitz, Festgabe der Berliner jur. Fakultät f. O. Gierke, Breslau 1916, 182, Hubrich ArchÖffR. 22, 361, E. Becker zu § 78 Nr. 6, sächs. OVG. Jahrb. 20, 337, O. Mayer Bd. I 256, Kormann 377 Abs. 2, vgl. auch 285, W. Jellinek IV 269/70 d. Für die Bedeutung der Willensmängel im Prozeßrecht vgl. Wurzer 116 ff. Die Rechtsprechung des OVG. hinsichtlich der Formalakte beruht ja auch auf anderen Gesichtspunkten, vgl. OVG. 13, 418/9; 55, 235.

[37]) Vgl. Heck; zwar hat Heck seine Leitsätze in erster Linie für das deutsche BGB. entwickelt (vgl. 9). Er erklärt aber selbst (S. 9), daß ihr Inhalt weiter reiche. Es dürfte aber nicht unrichtig sein, die bei Heck niedergelegten Auslegungsgrundsätze auch auf die anderen Rechtsgebiete zu übertragen, insbes. auch, weil Heck das gesamte Schrifttum berücksichtigt; gegen Heck vgl. E. v. Hippel II 137 ff. u. 62 ff. und hierzu W. Jellinek V 363.

die in Betracht kommenden Interessen festzustellen und darzulegen, inwieweit diese Interessen die Nichtigkeit des Staatsakts zulassen. Denn dann fehlen noch die rechtlichen Gesichtspunkte, nach welchen diese Interessen zu befriedigen sind. Dem wird die Auffassung von Jèze nicht ganz gerecht.

Jèze[38]) stellt nämlich folgende Interessen fest: 1. das allgemeine Interesse, 2. das vom Staatsakt betroffene patrimoine des Einzelnen und das Interesse des Dritten. Weiterhin drängt nach Jèze[39]) das letztgenannte Interesse im Gegensatz zu den anderen[40]) auf Einschränkung der Nichtigkeit. Dies gelte aber auch, wie er weiter ausführt, im wohlverstandenen Sinne für die übrigen Interessen. Das soziale Interesse fordere große Stabilität[41]). Schließlich stellt Jèze[42]) folgende Grundsätze auf: 1. Wegen der verschiedenartigen Interessen sei die Fehlerfolge in jedem Lande verschieden; diese sei durch das Gesetz oder die Auslegung bestimmt. 2. Alle Interessen seien zu berücksichtigen. 3. Die Wichtigkeit der beteiligten Interessen sei maßgeblich. 4. Die Vernichtung stehe häufig im Ermessen des Gerichts.

Gegenüber den beteiligten Interessen hat also Jèze, der selbst eine genügende Erforschung der inexistance vermißt[43]), lediglich den rechtlichen Gesichtspunkt im wohlverstandenen Sinne und Stabilität. Die hier vertretene Auffassung enthält dagegen gleichzeitig die Hauptgesichtspunkte, nach denen die beteiligten Interessen zu werten sind. So erscheint das Allgemeininteresse unter den Gesichtspunkten der Normgemäßheit, der Rechtssicherheit, der Staatsautorität und der wohlgeordneten Justiz und Verwaltung, das Interesse der am Staatsakt unmittelbar Beteiligten für den Staat wiederum in den Postulaten der Normgemäßheit, der Staatsautorität und der wohlgeordneten Justiz und Verwaltung, aber auch in dem der Willensfreiheit, für den unmittelbar Beteiligten, ebenso wie für jeden Dritten in den Postulaten der Normgemäßheit und des dem gutgläubigen Dritten zu gewährenden Schutzes. Das Stabilitätsinteresse[44]) wird durch die Postulate der Rechtssicherheit, Staatsautorität, der wohlgeordneten Justiz und Verwaltung und des dem gutgläubigen Dritten zukommenden Schutzes gewahrt, weil das Festhalten an der einmal getroffenen Entscheidung sowohl im Interesse der Staatsautorität und der Ordnung seiner Tätigkeit wie auch im Interesse des von der Entscheidung Betroffenen liegt. Damit sind aber die beteiligten Interessen in typischer Weise[45]) rechtlich gekennzeichnet.

Wenn E. v. Hippel gegen eine derartige Heranziehung von Postulaten[46]) einwendet, daß es „allgemein angebbare, feststehende Interessenziele" nicht gebe, so ist dies in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Denn jeder allgemeine Teil kennt solche Interessenziele, so das BGB. für die Verneinung der Nichtigkeit der Willenserklärung die Verkehrssicherheit[47]). Die bei E. v. Hip-

[38]) Bd. I 69.
[39]) Bd. I 71.
[40]) Im Widerspruche hierzu fordert aber auch nach Jèze, Bd. I 71/2, das soziale, also allgemeine Interesse, die Stabilität und damit Verneinung der Nichtigkeit.
[41]) Bd. I 71/2, ähnlich auch Stein-Jonas vor § 578 I 3 u. § 322 II, 4, Wurzer 118, 266.
[42]) 173 ff.
[43]) Bd. I 27.
[44]) Wurzer 24 u. 266 nennt dies auch Notwendigkeit der Rechtsvergewisserung und Rechtsverwirklichung.
[45]) Für die Vollständigkeit der rechtlichen Gesichtspunkte spricht auch, daß dieser Abhandlung die Behandlung einer erheblichen Anzahl einzelner Fälle zugrunde liegt.
[46]) II 69 Abs. 2.
[47]) Vgl. Scherbel 38.

pel[48]) angeführten Beispiele „der formellen Gleichheit aller Individuen" oder der Interessenlage „des Menschen" sind demgegenüber wegen ihrer allzugroßen Allgemeinheit nicht beweiskräftig[49]).

Daß in einzelnen, besonders gelagerten Fällen außer den genannten Postulaten noch andere rechtliche Gesichtspunkte hinzukommen, kann für eine typische Betrachtungsweise außer acht bleiben. Denn einmal wird der besondere Gesichtspunkt durch die Erfassung der typischen Gesichtspunkte schnell erkannt. Sodann hat aber auch die Rechtswissenschaft diese typische Betrachtungsweise durchzuführen, um die Entscheidung der regelmäßig vorkommenden Fälle zu erleichtern.

Im Schrifttum werden nur einzelne der genannten Postulate und dann meistens zur Verneinung der Nichtigkeit herangezogen[50]). Dadurch wird allerdings die Entscheidung des einzelnen Falles noch nicht ohne weiteres unrichtig, weil meistens durch die Maßgeblichkeit des einen Postulates die der anderen stillschweigend verneint wird und dies im einzelnen Falle richtig sein kann. Grundsätzlich ist jedoch zu fordern, daß die angeführten Postulate bei der Entscheidung jeden einzelnen Falles herangezogen werden, weil nur so die Gewähr besteht, daß sämtliche in Betracht kommenden Gesichtspunkte erkannt und richtig gewürdigt worden sind. Nur so wird auch hinreichend berücksichtigt, daß die Durchführung des einen Postulates die der anderen ganz oder teilweise ausschließt. Dem wird auch E. v. Hippel in seinen Wertlagen als Beispielen für „die Mannigfaltigkeit teleologisch möglicher Gesichtspunkte, die Abhängigkeit dieser Wertkonstellationen von der konkreten Norm und Tatlage"[51]) nicht gerecht. Vielmehr betonen diese Wertlagen, anscheinend bewußt[52]), gerade nur den für maßgeblich gehaltenen Gesichtspunkt, ohne die anderen der hier aufgestellten Postulate überhaupt oder genügend[53]) zu berücksichtigen.

§ 8. Nichtigkeit und Vernichtbarkeit als Formen zur Verwirklichung der an den Staatsakt zu stellenden Anforderungen.

Die genannten Postulate stehen im einzelnen Falle meistens in einem mehr oder minder großen Gegensatz. Es ist deshalb notwendig, festzustellen, welches von ihnen in diesem Falle maßgeblich ist. Hierfür ist zunächst von Bedeutung, in welcher Weise die Rechtsform der Nichtigkeit die fraglichen Postulate erfüllt. Dies setzt wiederum eine Gegenüberstellung der Nichtigkeit mit der ihr entgegengesetzten Rechtsform voraus. Letzteres ist nun diejenige Rechtsform, bei der ein Fehler das Ausbleiben des gewollten Staatsakts und der ihm entsprechenden Rechtswirkungen nicht von Rechtswegen zur Folge hat, bei der vielmehr diese Rechtswirkung auf Grund einer Handlung des Einzelnen oder des Staatsorgans eintritt. Diese Rechtsform, die also sowohl den Widerruf wie auch die Parteianfechtung umfaßt, ist als Vernichtbarkeit zu bezeichnen[1]).

---

[48]) II Anm. 266.

[49]) Ähnlich auch Friedrichs V 276; E. v. Hippel betont aber auch II 70 Abs. 3 selbst die empirische Regelmäßigkeit der Wertprobleme.

[50]) Vgl. die bei den einzelnen Postulaten Angegebenen.

[51]) II 70 Abs. 3.

[52]) II 70 Abs. 3.

[53]) Vgl. z. B. II 130 u. 127.

[1]) Ebenso Anschütz JW. 1927, 427 r. Abs. 4, O. Mayer Bd. I 95 Anm. 7, Hensel 137 III vor A, Bühler 334, anders z. B. H. Lehmann 207, E. v. Hippel

Im Falle der Nichtigkeit des Staatsakts liegen Rechtswirkungen dieses Staatsakts nicht vor. Das Postulat der Normgemäßheit wird also durch die Nichtigkeit vollständig verwirklicht. Ähnlich wirkt[2]) die Vernichtbarkeit, wenn der fehlerhafte Staatsakt tatsächlich angefochten wird und durch die Aufhebung des fehlerhaften Staatsakts dessen sämtliche Rechtswirkungen ex tunc beseitigt werden. Hat dagegen die Aufhebung des fehlerhaften Staatsakts nur die Wirkung ex nunc, so wird die Normgemäßheit nur in erheblich schwächerer Weise verwirklicht.

Die Vernichtbarkeit des Staatsakts mit Wirkung ex tunc steht aber in der Verwirklichung der Normgemäßheit insoweit hinter der Nichtigkeit zurück, als das tatsächliche Bestehen des Staatsakts vor der Vernichtung desselben in vielen Fällen, wenigstens in gewisser Beziehung, häufig auch rechtlich anerkannt wird; es tritt dann eine Schmälerung der Wirkung ex tunc ein. In welchem Umfange diese Einengung der Rückwirkung eintritt, kann hier dahingestellt bleiben. Hier genügt, daß das Gesetz sie in einzelnen Fällen kennt und daß die Sachlage häufig zur analogen Anwendbarkeit führt[3]).

Schließlich aber erreicht die Vernichtbarkeit in allen Fällen aus dem Grunde nicht die völlige Verwirklichung der Normgemäßheit, weil infolge Unterbleibens der Vernichtung der fehlerhafte Staatsakt in diesen Fällen die volle Rechtswirkung eines Staatsakts äußert, soweit nicht der Fehler teilweise Nichtigkeit bewirkt, z. B. das Urteil wegen Unmöglichkeit der materiellen Rechtskraft entbehrt. Häufig ist allerdings die Vernichtbarkeit — und dies gilt gerade für die schwersten Mängel — langbefristet, wie bei den Wiederaufnahmeklagen, oder sogar unbefristet[4]). Aber auch hier besteht nach Ablauf der Frist der Staatsakt endgültig. Dies ist jedoch dann insbesondere sachgemäß, wenn die Norm im Interesse des zur Vernichtung Berechtigten gesetzt ist und dieser die Vernichtung bewußt unterläßt oder kein Interesse an einer solchen[5]) hat oder infolge längeren Zeitablaufs aus dem Unrecht Recht geworden ist.

Erfüllt also die Vernichtbarkeit im Gegensatze zur Nichtigkeit das Postulat der Normgemäßheit nicht vollständig, so erfüllt sie doch, und zwar wiederum im Gegensatze zur Nichtigkeit, in hervorragendem Maße die Postulate der Rechtssicherheit, Staatsautorität und der wohlgeordneten Justiz und Verwaltung. Denn nur die Vernichtbarkeit bewirkt, wie oben ausgeführt, die Einengung der Begriffsmerkmale des Staatsaktsbegriffs.

Während nun die Nichtigkeit insofern eine klare Rechtslage schafft, als für den vorliegenden Tatbestand jede Rechtswirkung verneint wird, schafft die Vernichtbarkeit dadurch eine ungewisse Rechtslage, daß von der Durchführung der Vernichtung die Beseitigung des Staatsakts abhängt. Eine derartige

---

II 19, Herrnritt I 284 Anm. 6, der mit Vernichtbarkeit die Wirkung ex tunc bezeichnet. Die Bezeichnung Anfechtbarkeit paßt deshalb nicht, weil die Bezeichnung Selbstanfechtung für den Widerruf (so Kormann) wenig zweckmäßig ist (vgl. Sievers 307 ff.). Andersen 52 spricht von Anfechtung durch die Partei; vgl. aber auch diesen 59.

[2]) Vgl. Hellwig IV 23, II Bd. I § 176 III und die dort in Anm. 14 Angegebenen.

[3]) Vgl. Hellwig wie Anm. 2, KG. JW. 1927, 2859 und hiezu Hein ebendort, ferner Nelken 339/40.

[4]) Unbefristet z. B. die Nichtigkeitsklage im Falle des § 580 Z. 4 ZPO., vgl. § 586 Abs. 3 ZPO., ferner die Anfechtungsklage nach § 126 LVG. und § 15 JustGes.; § 126 LVG. ist auch dann anwendbar, wenn die Rekursfrist der §§ 20, 21 GewO. abgelaufen ist, vgl. OVG. 36, 371.

[5]) Vgl. Hellwig-Oertmann 261 Abs. 2.

ungewisse Rechtslage tritt aber auch bei der Nichtigkeit dann ein, wenn niemand die Nichtigkeit bemerkt und plötzlich der Beteiligte oder sonst jemand sich auf die Nichtigkeit beruft. Demgegenüber hat aber die Vernichtbarkeit zunächst den Vorzug, daß der Fehler bei den ordentlichen Rechtsmitteln nur innerhalb einer kurzen Frist und bei den außerordentlichen Rechtsmitteln häufig nur innerhalb einer längeren Frist geltend gemacht werden kann. Die längere Dauer der Frist ist hier unbedenklich, weil es sich stets nur um besonders schwere Fehler handelt. Sodann genügt die Vernichtbarkeit stets, insbesondere auch dann, wenn sie unbefristet zulässig ist, den hier fraglichen Postulaten besser als die Nichtigkeit, weil sie allein die Möglichkeit gibt, den Staatsakt trotz des Fehlers aufrecht zu erhalten[6]), was bei längerem Zeitablauf zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes häufig geboten ist. Schließlich dient die Vernichtbarkeit der Staatsautorität und der wohlgeordneten Justiz und Verwaltung dadurch, daß der Einzelne zur Beseitigung des Staatsakts die Behörde anrufen muß und ferner keine Behörde im Gegensatze zu der den Staatsakt erlassenden Behörde die Nichtigkeit annehmen kann, sofern sie nicht zur Überprüfung des Staatsakts berufen ist[7]).

Hatschek[8]) ist nun der Auffassung, daß die Anfechtbarkeit die dem Staate unbequemere Rechtseinrichtung sei, weil sie dem Einzelnen die Wahl lasse, ob er den Staatsakt bestehen lassen wolle oder nicht. Dies gilt jedoch nur teilweise für die Vernichtbarkeit, insoweit sie nämlich außer der Anfechtbarkeit den Widerruf umfaßt. Beim Widerruf hat aber gerade der Staat das fragliche Wahlrecht. Die Vernichtbarkeit kann also je nach Bedürfnis die Belange des Staates und die des Einzelnen wahrnehmen. Häufig ist ja auch der Staat an der Beseitigung des Staatsakts nicht interessiert, so jedenfalls im Zivilprozeß. Schließlich ist aber auch die Anfechtbarkeit deshalb nicht unbequemer für den Staat, weil sie, wie ausgeführt, die hier fraglichen Postulate erfüllt.

Was nun den Schutz des gutgläubigen Dritten angeht, so kann die Nichtigkeit dem Dritten, der den Fehler des Staatsakts nicht kennt und demnach auf das Bestehen des Staatsakts vertraut, grundsätzlich keinen Schutz gewähren, weil sie ja gerade das Bestehen des Staatsakts verneint. Allerdings kann der Einzelne in seinem Vertrauen in anderer Weise, so durch das Bestehenbleiben eines Teiles der normalen Rechtswirkungen des Staatsakts[9]) oder durch das Gewähren eines Schadensersatzanspruchs, geschützt werden. Jedoch wird dies häufig mangels gesetzlicher Anerkennung nicht möglich sein.

Demgegenüber vermag die Vernichtbarkeit den gutgläubigen Dritten zunächst in der Weise zu schützen, daß sie nur mit Wirkung ex nunc erfolgt[10]). Sodann ist es aber auch zweckmäßiger, mit Rücksicht auf den Dritten im einzelnen Falle die Vernichtbarkeit mit Wirkung ex tunc anstatt der völligen Nichtigkeit anzunehmen. Denn auch bei dieser Art der Vernichtbarkeit ist der Dritte wenigstens vorläufig geschützt, so lange nämlich der Staatsakt noch nicht aufgehoben ist. Häufig ist dieser Schutz allerdings infolge der Rückwirkung wertlos. Mit Rücksicht auf die vorläufige Wirkung wird man aber leichter geneigt sein, die Vernichtbarkeit völlig oder teilweise auszuschließen[11]).

---

[6]) Vgl. sächs. OVG. Jahrb. 26, 262; 31, 168.
[7]) Vgl. S. 263 Abs. 1 und 2.
[8]) 95 Abs. 3.
[9]) Dies betont besonders Hein JW. 1927, 2860 r.
[10]) Vgl. KG. JW. 1927, 2859 und Hein hierzu.
[11]) Hein a. a. O. 2859 will im Gegensatze zum KG. a. a. O. die Frage des dem gutgläubigen Dritten zu gewährenden Schutzes von der Frage, ob der Staatsakt auf-

Mit Recht wendet sich aber auch E. v. Hippel[12]) gegen die Meinung Hatschek's[13]), daß der Schutz des gutgläubigen Dritten folgerichtig dem gutgläubigen Dritten das Recht geben müsse zu wählen, ob der Staatsakt bestehen bleiben solle oder nicht. Denn der Schutz des gutgläubigen Dritten verlangt nur, daß der Dritte in seinem Vertrauen nicht getäuscht wird, daß also der Staatsakt wegen eines Fehlers nicht aufgehoben wird, wenn der Dritte mit dem Fehler nicht gerechnet hat bezw. nicht rechnen konnte. Hat dagegen der gutgläubige Dritte aus dem Fehler der Nichtigkeit des Staatsakts gefolgert, so verlangt der Vertrauensschutz nur, daß der Staatsakt nichtig sein soll. Zu berücksichtigen ist noch, daß der Schutz des Dritten in der Regel erst dann berechtigt ist, nachdem die formelle Rechtskraft eingetreten ist.

In anderer Hinsicht schützt jedoch die Nichtigkeit den gutgläubigen Dritten besser als die Vernichtbarkeit. Denn sie gewährt dem Dritten allein Schutz, falls er auf das Nichtbestehen eines Staatsakts vertraut hat. Dieser Schutz des Dritten wird jedoch um so weniger in Betracht kommen, je geringer die Anzahl der Merkmale des Staatsaktsbegriffs ist. Denn je geringer die Anzahl dieser Merkmale ist, um so leichter ist die Feststellung, daß ein Staatsakt nicht vorliegt. Bestehen also nur wenige Begriffsmerkmale des Staatsakts, so wird meistens ein guter Glaube an die Nichtigkeit des Staatsakts nicht vorliegen.

Schließlich wird das allein noch zu berücksichtigende Postulat der Willensfreiheit des handelnden Staatsorgans durch die Nichtigkeit und Vernichtbarkeit im wesentlichen in gleicher Weise verwirklicht, wie das Postulat der Normgemäßheit. Auch hier besteht nämlich die vollständige Verwirklichung durch die Nichtigkeit und die beschränkte Verwirklichung durch die Vernichtbarkeit, weil letztere entweder nur mit Wirkung ex nunc zulässig ist, oder auch bei der Wirkung ex tunc Beschränkungen der Rückwirkung vorliegen können. Die Möglichkeit, von der Vernichtung absehen zu können, spricht jedoch insoweit für die Vernichtbarkeit, als sie im Ermessen des Staates liegt. Denn insoweit wird der Willensfreiheit dadurch noch besser gedient, daß eine Aufrechterhaltung des einmal bestehenden Zustandes ohne Bestätigung oder Neuvornahme des Staatsakts möglich ist.

Wägen wir die Vorzüge der Vernichtbarkeit und die der Nichtigkeit ab, so ergibt sich folgendes: Die Vernichtbarkeit verwirklicht die Postulate der Rechtssicherheit, Staatsautorität und wohlgeordneten Justiz und Verwaltung vollständig, die Postulate der Normgemäßheit und Willensfreiheit in hohem Maße. Soweit die Vernichtbarkeit zur Beseitigung des Staatsakts führt, steht sie dem Schutze des gutgläubigen Dritten entgegen. Durch die Wirkung ex nunc stellt sie allerdings auch eine Form zur Verwirklichung desselben dar. Hier wird sie jedoch dem Postulate nur insoweit gerecht, als der Dritte hinsichtlich des verflossenen Zeitraumes geschützt wird.

---

gehoben werden kann, trennen, indem er für die erstere Frage allein die Grenzen der Rückwirkung der Aufhebung in Betracht ziehen will. Hein übersieht jedoch, daß häufig ein Schutz des Dritten nur möglich ist, wenn der fehlerhafte Staatsakt bestehen bleibt. Davon geht man ja auch im VerwR. aus, wenn man mit Rücksicht auf den Dritten den Widerruf des VerwA. verneint; vgl. W. Jellinek IV 273/4. Zuzugeben ist Hein, daß der Schutz des Dritten das weitere Bestehen des Staatsakts nicht immer voraussetzt, so z. B. in § 78 Abs. 2 AO. Ob letzteres in dem vom KG. entschiedenen Falle anzunehmen ist, ist hier nicht zu erörtern.

[12]) II 75 a. E. u. 76.

[13]) 96 Nr. 1.

Die Nichtigkeit verwirklicht vollständig die Postulate der Normgemäßheit, der Willensfreiheit und in geringerem Maße das Postulat des Schutzes gutgläubiger Dritter, dagegen steht sie der Verwirklichung der Postulate der Rechtssicherheit, Staatsautorität und wohlgeordneten Justiz und Verwaltung entgegen.

Die Gegenüberstellung der Nichtigkeit und Vernichtbarkeit zeigt also, daß die Vernichtbarkeit den angeführten Postulaten in ihrer Gesamtheit am meisten gerecht wird. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß nicht im einzelnen Falle die Nichtigkeit deshalb anzunehmen ist, weil das von ihr erfüllte Postulat gemäß der gesetzlichen Regelung dies verlangt. Bevor diese das Verhältnis der einzelnen Postulate zueinander betreffende Frage jedoch hier erörtert wird, soll zunächst noch festgestellt werden, welche Rechtsformen der Vernichtbarkeit nach geltendem Recht dem Postulate der Normgemäßheit genügen. Genügen nämlich viele Rechtsformen der Vernichtbarkeit dem die Nichtigkeit fordernden Postulate der Normgemäßheit, so ergibt sich daraus schon eine erhebliche Einengung der Nichtigkeit. Diese Fragestellung umfaßt gleichzeitig auch die neuerdings erörterte Frage, ob mangels genügenden Rechtsschutzes des Einzelnen Nichtigkeit des Staatsakts angenommen werden kann.

§ 9. Die im Rechte vorkommenden Rechtsformen der Vernichtbarkeit, die der Normgemäßheit des Staatsakts genügen.

Ist die den Staatsakt regelnde Norm verletzt worden, ohne daß deshalb der Staatsakt nichtig ist, so wird dieser Zwiespalt zwischen Norm und Tatbestand am besten dadurch beseitigt, daß dem Einzelnen oder dem Staatsorgan ein Rechtsmittel gewährt wird. Wenn nun auch solche Parteirechte gewährende Rechtsmittel häufig vorkommen, so finden wir aber auch häufig ein mehr oder weniger oder sogar völlig formloses Verfahren, das diesen Zwiespalt zwischen Norm und Tatbestand beseitigen soll. Ist nämlich der Steuerbescheid rechtskräftig geworden, so steht zugunsten des Steuerpflichtigen nur mehr die Berichtigung der Steuerfestsetzung gemäß § 213 AO. zur Verfügung, da die AO. ein Wiederaufnahmeverfahren nicht kennt[1]). Denn die Berichtigung nach § 213 AO. ist zulässig, wenn bei einer Nachprüfung durch die Aufsichtsbehörde vor Ablauf der Verjährungsfrist Fehler aufgedeckt werden, deren Berichtigung eine Herabsetzung rechtfertigt. Dem Steuerpflichtigen bleibt also nichts anderes übrig, als durch Anregung bei der Steuerbehörde die Nachprüfung durch die Aufsichtsbehörde herbeizuführen. Hierhin gehören auch die Fälle[2]), in denen nach dem Sozialversicherungsrecht der Versicherungsträger zur Auszahlung der Versicherungssumme befugt ist, trotzdem dem Versicherten ein Recht zur Durchführung seines Anspruchs im Parteiverfahren nicht mehr zusteht, weil eine formell rechtskräftige Entscheidung

---

[1]) Vgl. Hensel 143, 144 Abs. 1, E. Becker zu § 78 Nr. 6, Bühler JW. 1928, 2343 ff.

[2]) Vgl. auch § 43 d. pr. Ges. betr.d. Dienstvergehen ..... v. 7. Mai 1851, wonach nur auf Grund eines nachgewiesenen Meineides oder nachgewiesener Unechtheit der Urkunden eine Wiederaufnahme möglich ist (vgl. v. Rheinbaben, Die pr. Disziplinargesetze 1911 zu §§ 43, 429 ff.). Nach dem pr. Ges. betr. d. Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten v. 21. Juli 1852 und § 117 BGB. ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens unzulässig. Vgl. Brand, Beamtenrecht §§ 291, 718 ff. Hier hat die Verwaltung es jederzeit in der Hand, durch Wiedereinstellung des entlassenen Beamten die fehlerhafte Entscheidung wenigstens teilweise wieder gut zu machen.

vorliegt[3]). Schließlich kommt aber auch lediglich eine teilweise Beseitigung der sachlichen Wirkungen des fehlerhaften Staatsakts vor. So kann dem Verurteilten im Wege der Gnade die Strafe geschenkt werden, der Reichsfinanzminister von der Einziehung einer Steuer absehen (§ 108 AO.).

Man könnte die vorstehend angeführten Rechtsbehelfe aus dem Grunde nicht als der Normgemäßheit entsprechende Vernichtungsmöglichkeiten ansehen, weil der Betroffene keine genügende Gewähr für die Beseitigung hat, wenn auch die Behörde zur Nachprüfung verpflichtet ist[4]). Allerdings ist ohne weiteres anzuerkennen, daß die Überprüfung des Staatsakts in einem Verfahren, das dem Betroffenen eine Parteistellung gewährt, zu einer eingehenderen Prüfung führt als diejenige in einem Verfahren, in dem die Behörde nach ihrem Ermessen den Gang desselben bestimmt. Dies hat auch die Rechtsordnung durch die Regelung solcher Parteiverfahren anerkannt. Auch wird die Behörde im einzelnen Falle, der gesetzlichen Ermächtigung entsprechend, möglicherweise darauf bestehen, daß der Staatsakt trotz des Mangels bestehen bleibt. Es ist also sicher, daß die Beseitigung des fehlerhaften Staatsakts im formlosen Verfahren, insbesondere dann, wenn die Behörde zur Aufrechterhaltung dieses Staatsakts ermächtigt ist, häufig nicht eintritt.

Die angeführten Beispiele zeigen jedoch deutlich, daß unser Recht auf die Sicherung seiner Durchführung durch ein Parteiverfahren häufig verzichtet. Dies folgt aber ebenso deutlich daraus, daß im Reiche und in den meisten Ländern ein Verwaltungsstreitverfahren nur in begrenztem Umfange, vielfach nur in den besonders angeführten Fällen, zulässig ist[5]). Grundsätzlich müssen also auch diejenigen Rechtsformen der Vernichtung für die Verneinung der Nichtigkeit als genügend angesehen werden, die auf Grund eines formlosen Verfahrens ergehen.

Will man also die Nichtigkeit mit dem mangelnden Rechtsschutz des Einzelnen für den Fall der Vernichtbarkeit begründen, so muß man jedenfalls zunächst feststellen, daß nach dem Gesetze ein genügender Rechtsschutz des Einzelnen für diesen Fall gewollt ist. In dieser Hinsicht genügt aber die Begründung W. Jellineks[6]) nicht für die von ihm vertretene Auffassung, daß der sogenannte zweiseitige Staatsakt mangels Einwilligung des Betroffenen nichtig sei[7]). W. Jellinek[8]) beruft sich nämlich darauf, daß nach der ZPO. wegen Nichtvertretenseins der Partei die Nichtigkeitsklage jederzeit erhoben werden könne (§ 579 Abs. 1 Z. 4 u. § 586 Abs. 3). Hier liege der äußerste Grenzfall eines rechtskräftigen Urteils vor. Eine sinngemäße Anwendung

---

[3]) Vgl. §§ 619, 955, 1117 und 1319 RVO., § 308 AngVersGes.; vgl. hierzu Dersch I 150.

[4]) Dafür, daß in solchen Fällen die Behörde zur Nachprüfung verpflichtet ist, vgl. für die AO. Hensel 1924, 153. In jedem Falle steht dem Einzelnen Art. 126 RV. zur Seite (Petitionsrecht).

[5]) W. Jellinek IV 290 ff.

[6]) III 111 ff., vgl. auch Nipperdey bei Grauert 257 Abs. 1.

[7]) W. Jellinek III 96/7, 106/7, IV 305; daß W. Jellinek keine relative Nichtigkeit annimmt, wie Schwertfeger 40 meint, ergibt sich deutlich aus III 85, 91, 101 u. 117, IV 245 Abs. 1, 254 III Nr. 1 Abs. 1, ferner Veröff. Staatsrechtslehrer H. 5, 211/2; W. Jellinek legt III 101 und 100 eine tatsächliche, also widerlegbare Vermutung dem auf Grund einer Einwilligung zu erlassenden Verw.-Akts bei, dagegen keine unwiderlegbare, wie Schwertfeger annimmt. Wie W. Jellinek im Ergebnis: Bettsak 393, Hue de Grais-Peters 8, Josef II 22/3, Fleiner 204 Anm. 72, OVG. 78, 253, RG. 96, 302, Sievers 330; ähnlich E. Becker zu § 410 Nr. 6 unter Berufung auf die Rspr. des RFH. für den Fall, daß die Unterwerfung durch Drohung von seiten der Behörde erpreßt war.

[8]) III 111 ff.

dieser Bestimmungen der ZPO. komme jedoch nicht in Frage, weil das Verwaltungsrecht in der Regel Rechtsbehelfe, die dieser Nichtigkeitsklage gleichwertig seien, nicht kenne. Deshalb müsse im Verwaltungsrecht Nichtigkeit angenommen werden. W. Jellinek ist jedenfalls darin zuzustimmen, daß das Nichtvertretensein einer Partei nach der ZPO. einen besonders schweren Fehler darstellt, weil dieser Fehler im Gegensatz zu den anderen Gründen der Nichtigkeitsklage unbefristet geltend gemacht werden kann. Im übrigen ist jedoch folgendes zu beachten.

Abgesehen davon, daß W. Jellinek den Mangel der Einwilligung ohne weiteres dem Nichtvertretensein gleichstellt[9]), beruht seine Auffassung darauf, daß der Einzelne mangels Einwilligung in den Erlaß des zweiseitigen Staatsakts im wesentlichen denselben Rechtsschutz verdiene, wie ihn § 586 Abs. 3 ZPO. gewähre. Das darf jedoch gerade mit Rücksicht auf die obige Feststellung, daß ein solcher Rechtsschutz im Verwaltungsrecht häufig nicht besteht, nicht ohne weiteres angenommen werden. Im übrigen ist die Auffassung W. Jellineks mit den Ausführungen des § 7 insoweit nicht vereinbar, als nicht geprüft wird, ob nicht der Nichtigkeit des Staatsakts wegen der fehlenden Einwilligung des Einzelnen die Rechtssicherheit und der Schutz des gutgläubigen Dritten entgegenstehen[10]).

Neuerdings hat zwar W. Jellinek[11]) gegenüber der Behauptung E. v. Hippels, daß der Begriff der Nichtigkeit durch das Rechtsschutzbedürfnis des Einzelnen bestimmt werde, mit Recht darauf hingewiesen, daß auch unabhängig hiervon die Nichtigkeit vorkomme. Als Beispiele hierfür, für die sogenannten Torsi von Verwaltungsakten, hat er auch den Mangel der Einwilligung des Einzelnen in den Erlaß des zweiseitigen Staatsakts genannt. Hier wird jedoch W. Jellinek den Ausführungen des vorigen Paragraphen in keiner Weise gerecht; diese anscheinend der Rechtssystematik entnommene Begründung[12]) ist also abzulehnen.

Ist aber auch das Rechtsschutzbedürfnis des Einzelnen z. B. hinsichtlich des Beamtenverhältnisses rechtlich anerkannt, was hier nicht geprüft werden kann, so wird diesem aber auch in weitgehendem Maße durch die Überprüfbarkeit des ohne Einwilligung ergangenen Staatsakts seitens der ordentlichen Gerichte auf die Gehaltsklage des Betroffenen genügt[13]). Demnach käme relative Nichtigkeit in Betracht, so daß die Entscheidung des OVG. erheblichen Bedenken unterliegt[14]). Auf diese Fragen ist hier jedoch nicht einzugehen; hier genügt die Feststellung, daß das Rechtsschutzbedürfnis des Einzelnen mangels seiner Einwilligung in den Erlaß des Staatsakts wie überhaupt bei hierbei vorkommenden Fehlern rechtlich anerkannt sein muß, ehe es zur Begründung der Nichtigkeit gegenüber den anderen Postulaten herange-

---

[9]) Zu beachten ist nämlich, daß möglicherweise der Einzelne ordnungsgemäß gehört worden ist, bevor der Staatsakt ohne seine Einwilligung ergangen ist.

[10]) Daß die Rechtssicherheit die Vernichtbarkeit fordert, nimmt Anschütz JW. 1927, 428 1 Abs. 2 a. E. an. Vgl. auch folgendes Beispiel: Der zu einem Ehrenamte ohne seine Einwilligung Berufene folgt dem Rufe, weil er zu Unrecht annimmt, hierzu verpflichtet zu sein, während die Behörde irrtümlich das Vorliegen der Einwilligung angenommen hatte. Sollten wirklich die Amtshandlungen des so berufenen pr. Amtsvorstehers (vgl. W. Jellinek IV 349 Abs. 3) nichtig sein? Der Mangel der Einwilligung ist also schwerlich ein äußerer, wie Sievers annimmt. Nach dem RG. JW. 1928, 1038 Nr. 3, ist aber auch eine unzweideutige Zustimmung zur Entlassung erforderlich.

[11]) Veröff. Staatsrechtslehrer H. 5, 211/2.

[12]) So in der Tat Hue de Grais-Peters 8 „begrifflich" notwendig.

[13]) Vgl. E. v. Hippel III 198 Abs. 2, II 113/4, Schwertfeger 40.

[14]) Vgl. auch Sievers 331, Anschütz 587.

zogen werden darf. Dies ergibt sich, wie dargelegt, daraus, daß unser Recht Formen der Vernichtbarkeit kennt, die dem Einzelnen nur einen geringen Rechtsschutz gewähren.

§ 10. Das Verhältnis der an den Staatsakt zu stellenden Anforderungen zueinander.

Die bisherigen Ausführungen lassen eine Höherschätzung der Rechtssicherheit, Staatsautorität und wohlgeordneten Justiz und Verwaltung gegenüber den anderen Postulaten in zweifacher Hinsicht erkennen. Schon im § 5 wurde nämlich aus dem Rechtsmittelwesen der Schluß gezogen, daß bei Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen den Staatsakt die Vernichtbarkeit im allgemeinen die Fehlerfolge ist. Sodann hat aber auch der vorhergehende § 8 ergeben, daß ganz allgemein die Vernichtbarkeit der Nichtigkeit vorzuziehen ist. Für letzteres spricht auch noch die weitgehende Zurückdrängung der Nichtigkeit zugunsten der Vernichtbarkeit im Privatrecht [1]), z. B. hinsichtlich der Bedeutung der Willensmängel [2]). Besonders beweiskräftig in dieser Hinsicht ist jedoch die Regelung der AO., der thür. LVO. vom 10. Juni 1926 und des österr. VerwVerfG. von 1925.

Die AO. schließt nämlich [3]) in folgenden Fällen die Nichtigkeit aus, indem sie als Fehlerfolge die Vernichtbarkeit bestimmt. Einmal ist nach § 78 Abs. 1 Ziff. 1 die den Einzelnen begünstigende Verfügung zurücknehmbar, wenn sie von sachlich unzuständiger Stelle erlassen worden ist [4]). Sodann ist nach Abs. 2 § 78 die durch unlautere Mittel, wie Täuschung, Zwang, Bestechung veranlaßte Verfügung mit rückwirkender Kraft zurücknehmbar. Der Mangel der örtlichen Zuständigkeit kann sogar im Rechtsmittelwege nur in beschränktem Umfange geltend gemacht werden (§ 61 Abs. 1 [5]) und 2). Weiterhin läßt der § 74 Abs. 3 ebenso wie § 319 ZPO. wegen offenbarer Unrichtigkeit die Berichtigung zu. Schließlich sind nach § 48 die Handlungen der Steuerbehörde nicht deshalb unwirksam, weil ein Beamter, der wegen Befangenheit nicht mitwirken sollte, sie vorgenommen oder bei ihnen mitgewirkt hat.

In der thür. LVO. entspricht dem § 78 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 AO. § 143 Ziff. 1 und 6. Weitergehend ist aber dort nach § 142 Ziff. 2 auch die den Einzelnen belastende Verfügung für unwiderruflich erklärt, wenn der Widerruf zuungunsten des Einzelnen erfolgt [6]).

Das österr. VerwVerfG. sieht in § 68 Abs. 4—7 eine amtswegige Nichtigerklärung durch die obere Verwaltungsbehörde für die Verwaltungsbescheide insbesondere bei Unzuständigkeit vor [7]). Diese Verwaltungsbescheide können auch im Wiederaufnahmeverfahren aus bestimmten Gründen (Urkundenfälschung, falsches Zeugnis, andere strafbare Handlungen, Erschleichung, neue Tatsachen und Beweismittel, nachträglich ergangener Bescheid über Vor-

---

[1]) Ebenso W. Jellinek IV 270 Abs. 1, Pappenheim 6.

[2]) Vgl. Scherbel 38 und Motive zum Entw. I des BGB., vor § 95 Nr. 2 u 3. Für deren Regelung war die Verkehrssicherheit maßgeblich.

[3]) Vgl. Hensel 137 III.

[4]) über die Bedeutung dieser Bestimmung für die sachliche Zuständigkeit im übrigen nach der AO. vgl. Bühler 333 einerseits und W. Jellinek IV 268 Abs. 1, 275 Abs. 2 andererseits.

[5]) Vgl. E. Becker zu § 61 Nr. 1 u. 2.

[6]) Vgl. W. Jellinek IV 277.

[7]) Wiedergegeben bei Layer 166.

fragen) von der zuständigen Behörde zurückgenommen werden[8]). Das Verw.-VerfG. gilt für sämtliche Verwaltungsakte, d. h. nicht für Verordnungen[9]).

All diese Gründe ergeben jedoch nicht, daß die Rechtssicherheit, Staatsautorität und wohlgeordnete Justiz und Verwaltung den anderen Postulaten stets vorzuziehen sind. Dies ist nicht einmal de lege ferenda der Fall, weil auch hier der einzelne Staatsakt stets einige Merkmale[10]), wie z. B. die des § 1319 BGB. für den Standesbeamten kraft tatsächlicher Ausübung haben muß. Im übrigen ist jedoch aus den angegebenen Gründen de lege ferenda die Vernichtbarkeit auch bei den schwersten Fehlern dann jedenfalls der Nichtigkeit vorzuziehen, wenn diese unbefristet zulässig ist. Die weitgehende Verneinung der Nichtigkeit durch die AO. ist also zu billigen. Wenn E. v. Hippel demgegenüber auch de lege ferenda vom Einzelfalle ausgehen will[11]), so berücksichtigt er nicht, daß Rechtssicherheit, Staatsautorität und wohlgeordnete Justiz und Verwaltung nur dann genügend berücksichtigt sind, wenn die Nichtigkeit auf eine geringere Anzahl von Fällen beschränkt bleibt. Ob die genügende Berücksichtigung dieser Postulate zulässig ist, kann also nur durch eine allgemeine Behandlung des Staatsakts entschieden werden. Wie sehr aber auch das geltende Recht die Normgemäßheit betont und damit gegen die alleinige Maßgeblichkeit der Vernichtbarkeit spricht, zeigt deutlich die Regelung des Widerstandsrecht in § 113 StGB.

Nach § 113 StGB. genügt nämlich zur Strafbarkeit nicht, daß jemand einen Beamten, der zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörde oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufen ist, in der Ausübung seines Amtes Widerstand leistet. Vielmehr muß auch die durch die Strafandrohung geschützte Amtsausübung eine rechtmäßige gewesen sein. Damit verlangt zwar das Gesetz nicht, daß der sein Amt ausübende Beamte jede in Betracht kommende Norm beobachtet haben müsse. Aber der zu vollstreckende Staatsakt muß nicht nur rechtlich vorhanden, sondern auch in weitergehendem Umfange den Normen entsprechen[12]).

Ist also nach der Verneinung der Nichtigkeit des Staatsakts der Widerstand gegen diesen Staatsakt noch nicht ohne weiteres nach § 113 StGB. strafbar, ist vielmehr noch die Rechtmäßigkeit des Staatsakts in weiterem Umfange zu prüfen, so kann man nicht deshalb relative Nichtigkeit des Staatsakts zugunsten einer Behörde anstatt völliger Nichtigkeit annehmen, weil bei relativer Nichtigkeit der Widerstand des Einzelnen gegen den fehlerhaften Staatsakt strafbar, also wenigstens die Autorität des Staates weitgehend geschützt ist. Denn indem § 113 für die Strafbarkeit des Widerstandes die Rechtmäßigkeit des Staatsakts fordert, läßt er eine Zurücksetzung der Staatsautorität gegenüber der Rechtmäßigkeit erkennen. Es hieße aber diese Zurücksetzung nicht beachten, wenn man grundsätzlich anstatt völliger Nichtigkeit relative Nichtigkeit deshalb annehmen wollte, weil letztere die Autorität des Staates wegen Vermeidung des Widerstandsrechts schützt. Die Staatsautorität und die wohlgeordnete Justiz und Verwaltung stehen also der Auffassung Kormanns[13])

---

[8]) Vgl. Merkl II 117.
[9]) Vgl. Merkl II 108.
[10]) Vgl. die Begriffsbestimmung für die Urteile nach der ZPO. und StPO. bei Wurzer 182 u. 204.
[11]) II 84 Abs. 1.
[12]) Vgl. M. E. Mayer. Vgl. Darstellung Bes. T. Bd. I 1906, 354, Frank zu § 113 III, W. Jellinek IV 285 u. 241 a. E., E. v. Hippel II 96.
[13]) I 231.

nicht entgegen, daß die relative Nichtigkeit im öffentlichen Recht nicht häufig sei. Im übrigen ist jedoch hier die relative wie auch die teilweise Nichtigkeit nicht besonders zu berücksichtigen.

Gegenüber Fleiners Hinweis auf die Verkehrsrücksichten betont Andersen[14]) zutreffend: „Die Rechtssicherheit ist nicht der einzige, nicht einmal der hauptsächliche Zweck der Rechtsordnung. In erster Linie tritt die Rechtsordnung auf mit dem Anspruch auf Achtung in dem konkret vorliegenden Falle[15]).

Die angegebenen Beispiele, und erst recht der Hinweis Hatscheks auf den von Wellsbacher für das BGB. aufgestellten Satz, bieten aber auch keinen genügenden Anhaltspunkt dafür, daß der Schutz des gutgläubigen Einzelnen den anderen Postulaten gegenüber vorgeht, wie nach Hatscheks Darstellung anzunehmen[16]) ist. Hatschek hat aber nicht einmal selbst sein Postulat rein durchgeführt. So nimmt er wegen der Rechtsgeschäftsnatur des Verwaltungsakts dessen Nichtigkeit wegen Geisteskrankheit[17]) an, berücksichtigt also die Willensfreiheit, deren Bedeutung er auch sonst prüft[18]). Im übrigen ist es ja auch nicht richtig, daß der Vertrauensschutz stets die Anfechtbarkeit fordert, wie im vorigen Paragraph dargelegt ist. Jedenfalls geht es aber auch zu weit, die Interessen des Staates und der Allgemeinheit ganz außer acht zu lassen[19]). Dementsprechend kennt das Recht nicht nur die „dem Staate unbequemere" Anfechtbarkeit, sondern auch den Widerruf, der das Wahlrecht hinsichtlich des Bestandes des Staatsakts dem Staate verleiht[20]).

Das Verhältnis der einzelnen Postulate zueinander kann vielmehr dem in § 4 angegebenen Ausgangspunkte, der Normauslegung, entsprechend nur im einzelnen Falle endgültig festgestellt werden. Denn im einzelnen Falle läßt möglicherweise das Gesetz die Höherschätzung eines anderen als des sonst maßgeblichen Postulates erkennen. In § 4 ist ja auch die alleinige Zugrundelegung der Normgemäßheit, insbesondere durch Kelsen und der Staatsautorität durch O. Mayer zurückgewiesen worden.

Ist aber auch keines der Postulate schlechthin maßgebend, so ist doch entsprechend der oben festgestellten Höherschätzung der Rechtssicherheit, Staatsautorität und wohlgeordneten Justiz und Verwaltung, abgesehen von den noch zu berücksichtigenden Ausnahmen, im einzelnen Falle von der Maßgeblichkeit dieser Postulate auszugehen und nur zu prüfen, ob die Normgemäßheit, Willensfreiheit des Staatsorgans und der Schutz des gutgläubigen Dritten durch die Rechtsform der Vernichtbarkeit in einer mit dem Gesetze zu vereinbarenden Weise berücksichtigt werden können. Demnach müssen im einzelnen Falle besondere Gesichtspunkte für die Maßgeblichkeit der zur Nichtigkeit drängenden Postulate festgestellt werden, um die Nichtigkeit zu bejahen. Wichtige Anhaltspunkte gewährt im übrigen die oben in § 5 dargelegte Bedeutung des Rechtsmittelwesens.

Auch Josef[21]) gelangt von der Betonung der Rechtssicherheit aus-

---

[14]) 63 Abs. 1, auch 65 II.

[15]) Auch Heck 82 Anm. 117 betont, daß vollkommene Rechtssicherheit unerreichbar ist, ebenso E. v. Hippel II 143 Abs. 1.

[16]) § 16.

[17]) 98.

[18]) 97/8.

[19]) So auch E. v. Hippel II 75/6.

[20]) Vgl. hier 278.

[21]) II 22/3, VI 84, ähnlich Fleiner 204, „nach der gesetzlichen Betrachtung unerläßliche Voraussetzung."

gehend zu einem dem Vorstehenden ähnlichen Ergebnis durch die Aufstellung folgenden Satzes. Danach soll ein Verwaltungsakt nur dann nichtig sein, wenn die für den Erlaß der Verfügung vorgeschriebenen gesetzlichen Voraussetzungen so wesentlich sind, daß nach der erkennbaren Absicht des Gesetzes beim Fehlen dieser Voraussetzungen Nichtigkeit eintreten soll. Dieser Satz fordert nämlich keine ausdrückliche[22]) Bestimmung der Nichtigkeit. Letztere ist in der Tat aus denselben Gründen abzulehnen, die oben in § 4 gegen die entgegengesetzte Auffassung Kelsens vorgetragen worden sind. Die geforderte Erkennbarkeit der „Absicht des Gesetzes" kann also nur unter Prüfung der gesamten Umstände des Falles festgestellt werden. Die hier vertretene Auffassung führt jedoch weiter als die Auffassung Josefs, weil sie neben den Postulaten der Rechtssicherheit und Rechtsgemäßheit, richtiger Normgemäßheit[23]), die übrigen erwähnten Postulate für die Bestimmung der Nichtigkeit ausdrücklich heranzieht.

Wurzer[24]) ist der Auffassung, daß die Begriffsbestimmung des Urteils, m. a. W.[25]) die Nichtigkeitslehre, auf die im Schrifttum vorkommenden ungeheuerlichen Beispiele wegen ihrer Seltenheit keine Rücksicht zu nehmen brauche. Es sei rechtsphilosophisch unzweifelhaft, daß Idee und Erfahrung nie vollkommen zusammentreffen könnten. Dieser Auffassung ist insoweit zuzustimmen, als es wegen der Seltenheit dieser Fälle nicht zweckmäßig ist, sich hiermit zu beschäftigen. Deshalb braucht man jedoch noch nicht die Nichtigkeit in diesen Fällen zu verneinen, wie es Wurzer tut. Die Rechtssicherheit, Staatsautorität und wohlgeordnete Justiz und Verwaltung wird hierdurch nicht beeinträchtigt. Denn die Art dieser Beispiele, Verurteilung zur Ehewiederherstellung, während sich später herausstellt, daß die Ehegatten Geschwister oder gleichen Geschlechts sind, verhindert, daß im Rechtsleben unter Berufung auf solche Fälle allzuoft Nichtigkeit angenommen wird. Diese Gefahr ist ja auch bei den weniger selten vorkommenden Nichtigkeitsfällen erheblich größer[26]).

Die vorbehaltenen Ausnahmefälle sind die folgenden: Oben[27]) wurde schon festgestellt, daß nach geltendem Recht jede Behörde nur in einem bestimmten Umkreis von Handlungen für den Staat handeln kann. Soweit die Bestimmung dieses Umkreises in Frage steht[28]), ist also unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung durch AO., thür. LVO. und das österr. Verw.-VerfG. von 1925 nicht von der Vernichtbarkeit auszugehen, vielmehr ist unter Berücksichtigung aller Postulate zu bestimmen, ob Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit die Fehlerfolge ist. Das gleiche gilt für die Beurteilung der Fälle, in denen es sich darum handelt, ob der Einzelne zur Vornahme einer behördlichen Handlung überhaupt berufen ist und welche Form[29]) er zu wahren hat, ob z. B. seine Ernennung zum Beamten bei einer bestimmten

---

[22]) Schlegelberger 80 und Jakobi 1277 fordern „unzweideutigen Ausspruch" der Nichtigkeit.

[23]) Vgl. hier S. 259 Abs. 3.

[24]) S. 168.

[25]) Vgl. § 3 Abs. 1.

[26]) Wurzer selbst bejaht 161 ff. die Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit.

[27]) Vgl. S. 259 Abs. 1.

[28]) Vgl. z. B. RFH. 19, 215, Josef II 22/3, Jèze Bd. I 188, Levin JW. 1928, 1116 r. zu Fürst, Jakobi 1277. Häufig wird nur für diesen Umkreis die Nichtigkeit zugestanden, so von O. Mayer Bd. I 95, Laband Bd. II 196 Anm. 1.

[29]) Für § 211 AO. vgl. z. B. RFH. 8, 139; im übrigen vgl. W. Jellinek IV 261 ff., BadVGH., BadVerwZ. 1924, 67, RGZ. 90, 296.

Behörde in der erforderlichen Form erfolgt ist. Wieweit man nämlich auch die Rechtseinrichtung des Staatsorgans kraft tatsächlicher Ausübung anerkennen mag, so ist grundsätzlich doch erforderlich, daß der Einzelne zur Vornahme der ausgeübten Tätigkeit vom Staate berufen ist[30]). Die Notwendigkeit einer Form für den Staatsakt dient aber auch in weitem Umfange der Rechtssicherheit. Die somit für die Nichtigkeit in Betracht kommenden Fälle stimmen im wesentlichen mit denjenigen überein, die nach W. Jellinek[31]) wegen Mängel im Subjekt, Objekt und der Form häufig die Nichtigkeit begründen.

Nachdem in diesem Paragraph das Verhältnis der aufgestellten Postulate zueinander festgestellt ist, darf die in § 4 gestellte Aufgabe, die für die Bestimmung der Nichtigkeit des Staatsakts maßgebliche Gesetzesauslegung wesentlich zu erleichtern, als gelöst bezeichnet werden. Insbesondere die Erörterungen dieses Paragraphen gewähren nämlich einerseits genügende Anhaltspunkte für die Lösung des einzelnen Falles, was dagegen für die in § 4 erwähnten, häufig gebrauchten Formeln, ebenso aber auch für die Arbeit E. v. Hippels, zu verneinen war. Anderseits bleibt auch so noch genügend Raum für die Würdigung des einzelnen Falles.

---

[30]) Vgl. die hier S. 258 Anm. 32 Angegebenen, insbes. Jèze.
[31]) I 104, vgl. auch IV 261 ff.

Schriftenverzeichnis.

In der Abhandlung sind die Schriften nur mit dem Namen des Verfassers, bei mehreren Schriften desselben Verfassers, mit der im folgenden bei jeder Schrift vermerkten römischen Zahl angegeben. Die Abkürzungen sind dem Lehrbuch des Verwaltungsrechts von W. Jellinek entnommen. Die arabischen Zahlen geben die Seiten an.

Léon Alcindor: Des différentes espèces de nullités des Aktes Administratifs. Paris 1912. — Andersen: Ungültige Verwaltungsakte, mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe, übersetzt von W. Pappenheim. Mannheim, Berlin, Leipzig 1927. — Anschütz: Die Gültigkeit und richterliche Überprüfbarkeit von Zwangsbeischlüssen auf Grund des Kohlenwirtschaftsgesetzes vom 25. 3. 1919, Kartell-Rundschau 24 (1926), 580 ff. — Apelt: I. Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Recht. Leipzig 1920. II. Besprechung, s. b. Kormann. — Arbeitsgericht: Urteil des Landesarbeitsgerichts in Duisburg vom 24. 11. 1928, des Arbeitsgerichts in Duisburg vom 12. 11. 1928 und des Reichsarbeitsgerichts (RAG.) vom 22. 1. 1929, s. b. Grauert. — v. Baligand: Zur Lehre von der absoluten Urteilsnichtigkeit, Gerichtssaal, Bd. 72, 151 ff. — Baumgarten: Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode. Bd. I: Die theoretische Grundlage, 1920. Bd. II: Kasuistik und zusammenfassende Darstellung, 1922. Tübingen. — Becker, Enno: Die Reichsabgabenordnung. Berlin 1926. — Bernatzik: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Wien 1886. — Bettsat: Die Bestellung eines Vormundes für einen Nichtvormundschaftsbedürftigen, ArchöR. 35 (1916), 382 ff. — Beyer: I. Die Zustellung einer Erklärung an eine unrichtige Person, VerwArch. 24 (1916), 246 ff. II. Die Erfordernisse des rechtsgemäßen Staatsakts, ZStaatsW. 71 (1915), 1 ff. — Brie, O. Fischer u. Fleischmann: Zwangsvollstreckung gegen fremde Staaten und Kompetenzkonflikt, Abhdlg. aus dem Staats- und VerwR., h. von Brie und Fleischmann, Heft 23, Breslau 1910. — Bühler: Lehrbuch des Steuerrechts, I. Allgem. Steuerrecht, Berlin 1927. — Bürger: Die Verpflichtung durch einseitiges Rechtsgeschäft im VerwR., Leipzig 1927. — Calsen: Fehlerhafte militärische VerwAkte während des Weltkrieges, Kieler Diss. 1921. — Coester: Die Rechtskraft der Staatsakte, München und Leipzig 1927. — Dersch: I. Verwaltungsakt und sonstige öffentlichrechtliche Rechtsgeschäfte in der Sozialversicherung, VerwArch. 33 (1928), 99 ff. — Dersch, Flatow, Hueck, Nipperdey: II. Die Rechtsprechung des RG. zum Arbeitsrecht, Bd. I, Leipzig 1927. — Elsner: Die Fehlerhaftigkeit der Verwaltungsakte, Breslauer Diss. 1923. — Enneccerus, Kipp, Wolf: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1923. — Ewald: Die Enteignung nach der WohnungsmangelVO. vom 9. 12. 1919, HansRZ. 1923, 394 und 471 ff. — Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1928. — Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1924. — Friedlaender: Die Lehre von der absoluten Nichtigkeit strafgerichtlicher Urteile, Gerichtssaal Bd. 58, 339 ff. — Friedrichs: I. Der allgemeine Teil des Rechts, Annalen des Deutschen Reichs, 1917, 385. II. Amtshandlungen von unberufenen Beamten, Gesetz und Recht, 1918, 147 ff. III. Verwaltungsrechtspflege, Berlin, Bd. I, 1920, Bd. II, 1921. IV. Der allgemeine Teil des Rechts, Leipzig 1927. V. Besprechung s. bei E. v. Hippel. — Gaupp-Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Tübingen 1929. — Geiler: Zur Frage der Rechtsgültigkeit des Zwangsbeischlusses an die Kohlensyndikate, Kartell-Rdsch. 24 (1926), 567 ff. — Gießner: Wirkungen von Willensmängeln auf die Anstellung oder Entlassung eines unmittelbaren pr. Staatsbeamten, Göttinger Diss. 1912, 26 ff. — J. Goldschmidt: Hat das ordentliche Gericht bei späteren Rechtsstreitigkeiten ein Nachprüfungsrecht hinsichtlich der Würdigung der Rechtsnatur .... aufgelösten Vertrages durch das Schiedsgericht, ArchZivPrax. 117, 1 ff. — Grauert, Schoppen, Mannsfeld: Der Rechtsstreit im Arbeitskampf der westdeutschen Eisenindustrie, 1928, Mannheim, Berlin, Leipzig 1929. — Hartmann: I. Das Nachprüfungsrecht der ordentlichen Gerichte gegenüber Maßnahmen des Bezirkswohnungskommissars, HansRZ. 1923, 779 ff. II. Kann ein Anstellungsakt widerrufen werden? JW. 1915, 120. — Hatschek: Lehrbuch des deutschen und pr. VerwRechts, Leipzig 1924. — Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914, auch ArchZivPrax. Bd. 122, 1 ff. — Hellwig: I. Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1907. II. System des deutschen Zivilprozeßrechts 1. T., 1912, 2. T. Zwangsvollstreckung von Oertmann 1919, Leipzig. III. Prozessieren unter falschem Namen, DJZ. 1906, 69 ff. IV. Grenzen der Rückwirkung, Festschrift für die jur. Fakultät v. Gießen, ebendort 1907, 33 ff. — Hein: Identität der Partei, Berlin 1918. — Hensel: Das Steuerrecht, Berlin 1927. — Herrnritt: I. Grundlagen des VerwRechts, Tübingen 1921. II. Österreich. VerwRecht, Tübingen 1925. — E. v. Hippel: I. Zur Kritik einiger Grundbegriffe

in der reinen Rechtslehre Kelsens, ArchöR. 1923, 327 ff. II. Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes, Berlin 1924, Bespr. v. W. Jellinek, ArchöR. N. F. 9, 361 ff., von Friedrichs VerwArch. 31, 272 ff. III. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte, Veröff. Staatsrechtslehrer H. 5 (1929), 178 ff. — Höniger: Das Urteil des RAG. im Ruhreisenkonflikt, JW. 1929, 1273 ff. — Hue de Grais-Peters: Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reich, Berlin 1927. — Jacobi: Wie bei Höniger. — Jellinek, W.: I. Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen 1908. II. Gesetz und Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913. III. Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung. Festgabe zur Feier des 50jähr. Bestehens des pr. OVG., h. v. Triepel, Entsch. des OVG., ErgBd. 1925. IV. Verwaltungsrecht, Berlin 1928. V. Bespr. s. bei E. v. Hippel II. VI. Bespr. s. bei Kormann I. — Jèze Gaston: Des principes généreaux du droit administrative, Paris 1925. — Josef: I. Bindung der Gerichte an Entscheidungen der Verwaltungsbehörden und Nichtigkeit dieser, BadVerwZ. 1918, 153 ff. II. Nichtigkeit von Verwaltungsakten, insbes. wegen fehlenden Antrages in Einbürgerungsangelegenheiten, BadVerwZ. 1923, 21 ff. III. Der fehlerhafte Staatsakt in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ArchöR. 34, 324 ff. IV. Willensmängel bei der Beamtenanstellung, PrVerwBl. 41 (1920), 588 ff. V. Nichtiges Urteil und Nichturteil im VerwRecht, PrVerwBl. 6, 147. VI. Nichtigkeit und Wirksamkeit gesetzwidriger Anordnungen des Vormundschaftsgerichts, Iherings Jahrb. 70 (1920), 70 ff. — Katz: Der Widerruf von Verwaltungsakten bei vorgefallener Bestechung, VerwArch. 24, 497. — Kelsen: I. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911. II. über Staatsunrecht, GrünhutsZ. 40, 1 ff. III. Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, ArchöR. 31 (1913), 33 und 190 ff. — Kern: Die Urteilsformel im Sitzungsportokoll, Gerichtssaal 91 (1925), 125 ff. — Kriegsmann: Die Nichtigkeit des Strafurteils, Festg. d. Kiel. Jur. Fakultät f. Hänel, Kiel 1907. — Kroschel: Die sogenannte Nichtigkeit des Strafurteils, Gerichtssaal 69, 160. — Krug: Zur Frage der absoluten Nichtigkeit strafrechtlicher Entscheidungen, ZStW. 25, 411 ff. — Krückmann: Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts, ArchZivPrax. 108, 179 ff. — Kormann: I. System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 1910, dazu Besprechungen: von Oetker ZZP. 45, 509, von W. Jellinek, Krit. VJSchr. 50, 305, von Piloty, ArchöR. 28, 384, Apelt, FischersZ. 43, 157 ff. II. Zustellung von Verwaltungsakten an den falschen Adressaten, VerwArch. 19 (1919), 166 ff. III. Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechtes, Annalen des Deutschen Reiches 1911, 904 ff. IV. Artikel Verwaltungsakt bei Stengel-Fleischmann. — Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Tübingen 1911—1914. — Lacher, überprüfung von Verwaltungsakten, Veröff. Staatsrechtslehrer, H. 5, 124 ff (1929). — Heinrich Lehmann, Hdwb. d. Rechtswissenschaft, h. von Stier-Somlo u. a. Elster, Bd. 4, 1927, unter Nichtigkeit und Nichtigkeitsklage. — Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung, Berlin 1927. — F. F. Mayer: Grundsätze des Verwaltungsrechts, Tübingen 1862. — Jos. Mayer: Ein Beitrag zur Frage des Widerrufs von Verwaltungsakten, BayVerwBl. 75 (1927), 129 ff. — Merkl: I. Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien, Berlin 1927. II. Die Verwaltungsgesetzgebung der österr. Republik, JahrböffR. 1927, 104 ff. — Michel: Die absolute Nichtigkeit von Zivil- und Strafurteilen, 1911. — Nelken: Anfechtbarkeit von Willenserklärungen gesetzgebender Organe, Annalen d. Deutschen Reiches 1927/28, 310 ff. — Nußbaum: Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, Fischers Abhandl. z. PrivR. u. Zivilprozeß, Heft I, 1908. — Neuhäuser: Die Erschleichung rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte durch Täuschung der Behörden, Hamburg 1921. — Oetker: I. Abhilfe gegen nichtige Strafurteile, BayZRpfl. 1922, 161; Deutsches Wochenblatt 1896, 87 ff.; Jur. Literaturblatt Nr. 22, 181 ff. II. Konkursrechtliche Grundbegriffe I, 1891. III. Siehe bei Kormann I. — Pappenheim: Die Konversion fehlerhafter Staatsakte, FischersZ. 60 (1927), 1 ff. — Piloty: I. Verwaltungsrechtliche Gedanken, Festgabe f. O. Mayer, Tübingen 1916. II. s. b. Kormann I. — Pfizer, Verurteilung unter falschem Namen, Gerichtssaal 56, 65 ff. — Reichsstrafgesetzbuch, erl. v. Ebermayer, Lobe, Rosenberg, Berlin u. Leipzig 1925 (LeipzErlB.). — Rheinbaben v.: Die pr. Disziplinargesetze, Berlin 1911. — L. Richter: Nichtigkeit des Urteils sachlich unzuständiger Gewerbegerichte, LeipzZ. Jahrg. 14, 409 ff. — Rönne v.: Das Staatsrecht der preuß. Monarchie, Bd. III, Lpz. 1883; Rönne-Zorn, 5. Aufl., 1899. — Rosenfeld: Lehrbuch des Reichsstrafprozeßrechts, Berlin 1912. — Rosin: Das Polizeiverordnungsrecht i. Pr., Berlin 1885. — Rumpelt: Nichtigkeits- und Aufsichtsbeschwerde im reinen Verwaltungsverfahren, FischersZ. 24 (1902), 273 ff. — Rechtsgutachten gegen das neue rheinisch-westfälische Kohlensyndikat, Kartell-Rdsch. Nr. 22 (1924) von Triepel 379 ff., Schwering und R. Isay, 385 ff., Friedlaender, 395 ff. — Sauer, Grundlagen

des Prozeßrechts, Stuttgart 1910. — Schefold: über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit in der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, ArchZivPrax. 87, 453 ff. — Schelcher: Das Prüfungsrecht der Behörden gegenüber Gesetzen und Verordnungen, FischersZ. 59 (1926), 17 ff. — Scherbel: Irrtum, Täuschung, Drohung im Verwaltungsrecht, ungedr. Hamb. Diss. 1923. — Schlegelberger: Das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Berlin 1914. — Schmitt, Carl: Gesetz und Urteil, Berlin 1912. — Schoen: Deutsches Verwaltungsrecht, Enzyklopädie von Holendorf-Kohler, Bd. 4, 193 ff. — Schulzenstein: über Mängel des Verfahrens im Verwaltungsstreitverfahren nach dem LVG., Pr.VerwBl. 35, 473 ff. — Schwertfeger: Die Theorie der Beamtenanstellung unter besonderer Berücksichtigung der Lehre vom zweiseitigen Verwaltungsakt, Göttinger Diss. 1927. — Sievers: Verwaltungsakt und Prüfungsrecht, FischersZ. 1928, 273 ff. — Somlo: Juristische Grundlehre, Leipzig 1917. — Specovius: Nichtigkeit arbeitsgerichtlicher Entscheidungen, JW. 1925, 1665 ff. — Stein: Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Tübingen 1912. — Tezner: I. Das österr. Administrativverfahren, Wien 1922. II. System der obrigkeitlichen Verwaltungsakte, ÖZöffR. 1, 1 und 360 ff., 1914. — Thoma: Der Polizeibefehl im bad. Recht, Tübingen 1906. — Triepel: Gerichtsbarkeit über fremde Sprachen, ArchöR. 28, 212 ff. — Vogels: Willensmängel bei der Beamtenanstellung, VerwArch. 27, 217 ff. — Wach: Urteilsnichtigkeit, Rheinische Zeitschrift für Zivilprozeßrecht, Jahrg. 3 (1911), 373 ff. — Wagner: Die Ungültigkeit von Zivilurteilen, Königsberger Diss. 1922. — Weyel: Die öffentlich-rechtliche Natur der Vormundschaftsbestellung unter besonderer Berücksichtigung des fehlerhaften Bestellungsaktes, GruchotsBeitr. 68 (1927), 38 ff. — Wittmaack: Die Rechtsmittel in der sächs. inneren Verwaltung, FischersZ. 43, 169 ff. — Wurzer: I. Nichturteil und nichtiges Urteil, Studien zur Erl. des bürgerl. Rechts, h. v. Fr. Leonhard, Breslau 1927. II. Verurteilung unter falschem Namen, ArchZivPrax. 120, 409. III. Berücksichtigung der Rechtskraft von Amts wegen, Rh. Ztschr. f. Zivilprozeßrecht 1922, 51 ff. — Wessel: Der Widerstand gegen die Staatsgewalt i. S. §§ 113, 114, 117, Bresl. Diss.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich am 22. April 1899 als Sohn des Lokomotivführers Anton Krudewig und seiner Ehefrau Luise geb. Lammerz zu Siegburg (Rhld.). Ich bin Katholik. Die Volksschule besuchte ich bis zum 6. Schuljahre. Das Gymnasium meiner Vaterstadt verließ ich im Juni 1917 als Unterprimaner mit dem Oberprimazeugnis und folgte dem Rufe zur Fahne. Am 20. August 1918 geriet ich in französische Gefangenschaft. Aus dieser kehrte ich Ende Januar 1920 nach Hause zurück. Bestimmungsgemäß erlangte ich nunmehr das Reifezeugnis. Von Mai 1920 bis März 1923 widmete ich mich 6 Semester hindurch dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaft an der Universität in Bonn. Im Juni 1923 bestand ich die erste juristische Prüfung, und nach längerer Erkrankung am 5. November 1928 die große Staatsprüfung, schließlich am 17. Januar 1929 die mündliche Doktorprüfung. Zur Zeit bin ich am Amtsgericht in Siegburg tätig.

Herr Prof. Dr. Albert Hensel bestimmte mich zunächst, die Nichtigkeit des Steuerakts, insbesondere nach der AO., zum Gegenstande dieser Arbeit zu machen. Im Verlaufe der Bearbeitung dieser Aufgabe gab mir Herr Professor Dr. Hensel auf meinen Wunsch die vorliegender Abhandlung zugrundeliegende Aufgabe.

Christian Krudewig.